

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCIANO REZENDE FREIRE ESTRELA

**A QUALIFICAÇÃO DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO NOS ACORDOS
DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL**

Rio de Janeiro
2019

LUCIANO REZENDE FREIRE ESTRELA

**A QUALIFICAÇÃO DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO NOS ACORDOS
DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS PELO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito, apresentado
à FGV DIREITO RIO.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Fossati

Rio de Janeiro
2019

LUCIANO REZENDE FREIRE ESTRELA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em:

Pela comissão organizadora

Gustavo Fossati

Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas

Leonardo de Andrade Costa

Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas

André Carvalho

Sócio Veirano Advogados

RESUMO

Os Juros sobre o Capital Próprio (JCP) foram concebidos como política fiscal para estimular o reinvestimento nas sociedades por meio do capital próprio. Entretanto, podem ser caracterizados como juros propriamente ditos ou dividendos, tanto no âmbito interno como nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. A correta interpretação dos tratados internacionais, em atenção ao art. 31 da Convenção de Viena de 1969 e aos comentários da OCDE levam à caracterização do JCP como dividendos, nos acordos em que não há previsão expressa acerca do enquadramento dessa remuneração como juros. Os efeitos dessa assimetria pode ensejar a aplicação das regras previstas no Plano de Ação nº 2 do Projeto BEPS. Todavia, em atenção ao imperativo de fiel cumprimento do pactuado, os Estados não deveriam aplicar tais regras visando neutralizar os efeitos do JCP. Sendo assim, a melhor interpretação leva à atribuição da natureza de dividendos ao JCP, o que gera efeitos práticos benéficos ao contribuinte e ao Fisco brasileiro: menor carga tributária, posto que os dividendos são isentos de tributação na maioria dos acordos celebrados pelo Brasil; previsibilidade e segurança jurídica; preservação dos objetivos de política fiscal forjados na Lei 9.249/1995; e fiel cumprimento dos acordos internacionais em matéria de tributação, alinhado às práticas consolidadas nos comentários da OCDE à Convenção Modelo.

Palavras-chave: Acordos de bitributação, juros sobre capital próprio, OCDE, Convenção de Viena, BEPS.

ABSTRACT

The Brazilian Interest on Equity (IOE) was conceived as a fiscal policy to encourage reinvestment in companies through equity. However, it can be characterized as interest per se or as dividends, both internally as in the double taxation treaties celebrated by Brazil. The correct interpretation of the international treaties, in accordance to article 31 of the Vienna Convention of 1969 and the OECD comments, leads to the characterization of IOE as dividends, in the treaties where there is no express provision the classification of this remuneration as interest. The effects of this asymmetry may give rise to the application of the rules set out in the Project Base Erosion and Profit Shifting, Action 2. However, in accordance to the principle of honoring the contract in good faith, the State shouldn't apply such rules aiming to neutralize the effects of IOE. That being the case, the best interpretation leads to the attribution of IOE to the nature of dividends, which generates beneficial practical effects to the taxpayer and the Brazilian federal revenue: lesser tax burden, given that dividends are exempt of taxation in most of treaties celebrated by Brazil; predictability and legal certainty; preservation of the fiscal policies objectives forged in Law n. 9.249/1995; and the faithful compliance of the international treaties in the matter of taxing, in line with practices consolidated in the comments of OECD Model Convention.

Keywords: Double taxation treaties, interest on equity, OECD, Vienna Convention, BEPS.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. ASPECTOS NORMATIVOS DO JCP	8
2.1 Exposição de Motivos da Lei 9.249/1995	10
2.2 Vantagens da distribuição de JCP em relação aos dividendos	12
3. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO DIVIDENDOS NO DIREITO INTERNO ..	13
4. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO JUROS NO DIREITO INTERNO	17
5. A QUALIFICAÇÃO DO JCP NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO	20
5.1 O Conceito de Dividendos na Convenção Modelo da OCDE	21
5.2 O Conceito de Juros na Convenção Modelo da OCDE	26
5.3 Os Comentários da OCDE aos arts. 10 e 11 da Convenção Modelo	32
6. ASPECTOS GERAIS DA INTERPRETAÇÃO DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO	38
6.1 Os Motivos que levam à celebração de Acordos	38
6.2 A Cláusula de Reenvio ao Direito Interno	39
6.3 A Regra Geral de interpretação dos Acordos	41
6.4 Os Comentários da OCDE à Convenção Modelo	43
7. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO JUROS (ART. 11 DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE)	47
8. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO DIVIDENDOS (ART. 10 DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE)	52
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
10. REFERÊNCIAS	68

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de elucidar a qualificação dos Juros sobre o Capital Próprio (JCP), instrumento financeiro concebido no ordenamento brasileiro por meio da Lei 9.249/1995, nos acordos celebrados pelo Estado brasileiro visando à eliminação da dupla tributação da renda. Em termos práticos, busca-se chegar a uma resposta acerca de qual seria a interpretação mais adequada a ser conferida aos artigos 10 e 11 dos acordos de bitributação elaborados com base na Convenção Modelo da OCDE, os quais trazem respectivamente o conceito de dividendos e de juros para fins de enquadramento dos pagamentos internacionais realizados entre Estados contratantes.

A relevância desse estudo vai de encontro aos efeitos que podem advir da qualificação do JCP como juros ou dividendos no âmbito dos acordos, quais sejam, (i) a imposição de um ônus tributário mais elevado ao beneficiário dessa remuneração, (ii) a violação aos postulados de interpretação geral dos tratados internacionais consignados na Convenção de Viena de 1969, (iii) descasamento das práticas internacionais de tributação tal como consolidadas nos comentários da OCDE à Convenção Modelo e (iv) possibilidade de aplicação das regras concebidas no Plano de Ação nº 2 do Projeto BEPS para a neutralização dos efeitos fiscais do JCP.

Para tanto, procederemos ao estudo dos aspectos normativos dos juros sobre capital próprio, tal como concebidos pelo ordenamento brasileiro e interpretado pelas autoridades fiscais e pela doutrina pátria, bem como sobre os motivos que ensejaram sua introdução por ocasião da edição da Lei 9.249/1995. Em seguida, haveremos de apresentar as características que permitem com que o JCP seja qualificado tanto como dividendos ou juros no âmbito interno. Na sequência, analisaremos os conceitos de dividendos e de juros veiculados pela Convenção Modelo da OCDE e seus respectivos comentários, levando-se em consideração que os acordos celebrados pelo Brasil seguem o texto normativo desse modelo. Daí, passaremos ao estudo das regras gerais de fundamentais para a interpretação dos tratados internacionais em matéria fiscal, atendo-nos para o disposto no art. 31 da Convenção de Viena de 1969. Nesse ponto, dedicaremos especial atenção ao debate existente sobre a força vinculante a a necessária observância dos comentários da OCDE à Convenção Modelo.

Tendo assim procedido, passaremos à parte específica do trabalho, aplicando os conceitos desenvolvidos até então, de modo a respondermos nosso questionamento inicial, qual seja, se o JCP deve ser qualificado como juros ou dividendos nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. Nesse ponto, haveremos de nos socorrer da experiência internacional, de julgados internacionais envolvendo a tributação de remessas de pagamentos entre Estados, dos dados empíricos disponibilizados pela OCDE relacionados ao assunto, bem como dos movimentos e tendências da comunidade internacional tendentes a evitar a dupla tributação, para que possamos mensurar os efeitos de uma tomada de posição concernente à qualificação do JCP nos acordos de bitributação.

Por fim, apresentaremos nossas conclusões buscando justificar nosso posicionamento não somente em face da preservação dos objetivos de política fiscal que embasaram a adoção do JCP, mas também em consideração ao fiel cumprimento dos tratados internacionais em matéria fiscal e à busca de um ônus tributário que, conquanto imposto ao beneficiário final dessa remuneração, não desestimele a sua utilização como instrumento de economia fiscal e de reinvestimento nas atividades empresariais por via do capital próprio.

2. ASPECTOS NORMATIVOS DO JCP

O pagamento de juros sobre o capital próprio (JCP) encontra-se previsto no art. 9º da Lei 9.249/1995 nos seguintes termos:

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.

Realiza-se o cálculo do JCP aplicando-se a Taxa de Juros de Longo Prazo¹ (TJLP), ajustada pro rata dia (em observação às normas veiculadas pela Circular do Banco Central nº 2.722/1996), sobre o subtotal dos valores contabilizados exclusivamente (art. 9º, § 8º, da Lei 9.249/1995) nas seguintes contas do patrimônio líquido da pessoa jurídica: capital social; reservas de capital; reservas de lucros; ações em tesouraria; e prejuízos acumulados.

Após a realização do cálculo acima mencionado, a pessoa jurídica precisa delimitar o quanto será deduzido da base de cálculo de apuração do IRPJ e CSLL. De acordo com § 1º do art. 9º da Lei 9.249/1995, “o efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados”.

Assim, nos termos elucidados pelo § 2º do art. 75 da IN RFB nº 1.700/2017, o montante dos juros remuneratórios passível de dedução não poderá exceder o maior entre os seguintes valores: (i) 50% do lucro líquido do exercício antes da dedução dos juros, caso estes sejam contabilizados como despesa; ou (ii) 50% do somatório dos lucros acumulados e reservas de lucros.

¹ O percentual da TJLP é determinado pelo Conselho Monetário Nacional e divulgado trimestralmente através das Resoluções do Banco Central (BACEN). Nos termos do art. 1º da Lei 9.365/1996, o valor da taxa é calculado levando-se em consideração (i) a meta de inflação calculada pro rata para os doze meses seguintes ao primeiro mês de vigência da taxa, inclusive, baseada nas metas anuais fixadas pelo Conselho Monetário Nacional; e (ii) o prêmio de risco. A TJLP era a taxa de juros aplicada aos financiamentos concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) até o final do ano de 2017.

Para fins de dedutibilidade do valor pago a título de JCP, a pessoa jurídica deverá, em contrapartida, contabilizá-lo a débito em conta de despesa financeira, conforme disposto nos arts. 29, § 3º e 30, par. único, da IN SRF nº 11/1996.

Nos termos do art. 75, § 10, da IN RFB nº 1.700/2017, considera-se creditado individualizadamente o valor do JCP, quando a despesa for registrada em contrapartida a conta de passivo exigível, representativa de direito de crédito do sócio ou acionista da sociedade.

Na data do pagamento do JCP aos seus respectivos beneficiários, que podem ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas, incidirá o IRRF² à alíquota de 15% (art. 9º, § 2º, da Lei 9.249/1995). Em se tratando de um beneficiário residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, o IRRF incidirá à alíquota de 25% (art. 744, § 1º, do RIR/2018).

Importante ressaltar que o pagamento de JCP depende de prévia deliberação da assembleia geral de sócios ou quotistas da sociedade, na medida em que constitui uma faculdade da entidade pagadora, conforme se depreende da expressão “A pessoa jurídica **poderá** deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a (...)”, tal como consignada no mencionado art. 9º da Lei 9.249/1995.

Em se tratando de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, o valor auferido a título de JCP deverá ser contabilizado como receita financeira (art. 76 da IN SRF 1.700/2017). O IRRF relativo ao valor auferido será considerado antecipação do imposto de renda devido pela pessoa jurídica (IRPJ), podendo com este ser compensado no respectivo período de apuração em que o JCP foi recebido (art. 9º, § 3º, I, da Lei 9.249/1995).

Alternativamente, a pessoa jurídica beneficiária, tributada com base no lucro real, poderá compensar o imposto de renda que lhe foi retido na fonte (IRRF) por ocasião do recebimento do JCP com o IRRF que ela deverá recolher quando efetuar o pagamento ou crédito de JCP aos seus respectivos sócios ou acionistas (art. 9º, § 6º, da Lei 9.249/1995).

² De acordo com o disposto no art. 70, I, “b”, item 2, da Lei 11.196/2005, o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) deverá ser recolhido até o terceiro dia útil subsequente ao decêndio de ocorrência do pagamento ou crédito do JCP aos seus respectivos beneficiários.

Se o beneficiário for pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, o valor auferido a título de JCP integrará a base de cálculo do seu IRPJ e CSLL. Nesse caso, o valor do IRRF por ocasião do recebimento do JCP poderá ser compensado com o IRPJ devido no período de apuração em que a quantia foi auferida (art. 75, § 8º, II, da IN SRF 1.700/2017).

Caso o beneficiário seja pessoa física³ ou pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado, ou mesmo isenta, o imposto de renda que lhe foi retido na fonte (IRRF) será considerado tributação definitiva (art. 9º, § 3º, II, da Lei 9.249/1995; art. 75, § 8º, III, da IN SRF 1.700/2017).

2.1 Exposição de Motivos da Lei 9.249/1995

Os juros sobre o capital próprio não foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.249/1995. Sua existência remonta (i) à Lei do Anonimato, que previa em seu art. 129, par. único, “d”, um tipo de remuneração denominado juros de construção; (ii) à Lei das Cooperativas (art. 24, § 3º, da Lei 5.764/1971), que contemplava a possibilidade de pagamento de juros sobre o capital até o limite anual de 12%; e (iii) à Lei 4.509/1964, que possibilitava às pessoas jurídicas o pagamento, aos respectivos sócios, de juros sobre o capital próprio (art. 49).

Assim, a inovação⁴ trazida pela Lei 9.249/1995 foi a possibilidade de se deduzir da base de cálculo do IRPJ e da CSLL o montante pago a título de juros sobre o capital próprio.

O objetivo precípua da introdução do regime tributário do JCP, tal como delineado no item 11 da Exposição de Motivos da Lei 9.249/1995, era incentivar que o investimento nas empresas fosse realizado diretamente pelos seus sócios através do aporte de capital, desestimulando o financiamento das atividades empresariais via empréstimos contraídos com terceiros.

³ Neste caso, o valor auferido a título de JCP deverá ser declarado como rendimento sujeito a tributação exclusiva, de modo a não ser considerado na base de cálculo do IRPF ou com este ser compensado (art. 3º da IN SRF 41/1998).

⁴ Anterior à instituição do regime tributário do JCP, vedava-se o seu reconhecimento como custo ou despesa e a sua consequente dedutibilidade para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda devido pela pessoa jurídica pagadora (art. 49 da Lei 4.506/1964).

A permissão de dedução de juros pagos ao acionista, até o limite proposto, em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras capacitando-as a elevar nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia.

O meio escolhido para viabilizar tal desiderato seria atribuir ao JCP o mesmo tratamento fiscal conferido aos juros pagos em virtude do empréstimo de capital junto a terceiros, conforme consignado no item 10 da Exposição de Motivos da Lei 9.249/1995:

Com vistas a equiparar a tributação dos diversos tipos de rendimentos do capital, o Projeto introduz a possibilidade de remuneração do capital próprio investido na atividade produtiva, permitindo a dedução dos juros pagos aos acionista, até o limite da variação da Taxa de Juros de Longo prazo - TJLP; compatibiliza as alíquotas aplicáveis aos rendimentos provenientes de capital de risco àquelas pela qual são tributados os rendimentos do mercado financeiro; desonera os dividendos; caminha na direção da equalização do tratamento tributário do capital nacional e estrangeiro; e revoga antiga isenção do imposto de renda incidente sobre a remessa de juros para o exterior, prevista no Decreto-Lei nº 1.215, de 1972 (arts. 9] a 12, § 2º do art. 13, art. 28, e inciso I do art. 32), a fim de que não ocorra qualquer desarmonia no tratamento tributário que se pretende atingir. Igualando-se, para esse fim, o aplicador nacional e estrangeiro.

Argumenta-se, inclusive, que esse novo tratamento fiscal conferido ao JCP incentivou as sociedades a se valerem desse instituto como meio de remuneração de seus sócios, na medida em que proporcionava uma economia tributária à pessoa jurídica pagadora, em comparação à distribuição de dividendos, conforme exemplificado anteriormente.

Outros autores⁵ defendem que a criação do JCP também representou, além dos motivos acima mencionados, um meio de se compensar o fim da correção monetária (art. 4º da Lei 9.249/1995) das demonstrações financeiras das empresas, até então vigente. Em razão do longo e persistente histórico de inflação na economia brasileira, sustenta-se a pertinência da manutenção do JCP, na medida em que se prestaria para atenuar os efeitos negativos da inflação sobre o patrimônio das empresas⁶.

⁵ MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Manual de Contabilidade Societária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, 440-442.

⁶ AFONSO, José Roberto; LUKIC, Melina Rocha. **Tributação da renda das pessoas jurídicas no Brasil e os juros sobre o capital próprio**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 40-41; MALHERBE, Jacques; VETTORI, Gustavo G. **Deducting Interest on Equity Capital: Brazilian and Belgian Tax Rules Compared**. *European Tax Studies*, 2010, p. 37-38.

2.2 Vantagens da distribuição de JCP em relação aos dividendos

Levando-se em consideração a já mencionada possibilidade de dedução do valor pago a título de JCP da base de cálculo do IRPJ e CSLL apurados pela entidade pagadora, em razão da sua contabilização como despesa financeira, podemos cogitar um cenário onde a opção por essa forma de remuneração dos sócios seria preferível, em detrimento da distribuição de dividendos.

No caso em que o beneficiário do JCP fosse pessoa física domiciliada no Brasil ou no exterior, ou pessoa jurídica domiciliada no exterior, a entidade pagadora, conquanto submetida ao regime de apuração pelo lucro real, sofreria a incidência global⁷ de 34% de IRPJ e CSLL. Dessa forma, seria possível se utilizar de até 34% do valor pago a título de JCP, para fins de dedução da quantia de IRPJ e CSLL devida. Todavia, há de se considerar a incidência de 15% do IRRF por ocasião do pagamento do JCP. Assim, em termos efetivos, chegaríamos a um ganho de 19%⁸ em nível global, caso se optasse por essa forma de remuneração de sócios ou acionistas.

Entretanto, em se tratando de beneficiário pessoa jurídica tributada com base no lucro real, domiciliada no Brasil, como o valor auferido a título de JCP seria considerado receita financeira e, portanto, contemplado na composição da base de cálculo do seu IRPJ e CSLL, bem como do PIS e da COFINS, não se verifica vantagem na realização do pagamento por essa modalidade. A entidade pagadora se utilizaria de até 34% do montante apurado a título de JCP, para fins de dedução da quantia de IRPJ e CSLL por ela devida, e pagaria 15% de IRRF sobre o valor distribuído. Entretanto, o valor pago líquido seria posteriormente submetido, em relação ao beneficiário pessoa jurídica submetida ao lucro real, à tributação de mais 19% (relativos ao IRPJ/CSLL), 1,65% de PIS e 7,6% de COFINS. Com isso, teríamos, na verdade, uma carga global de 43,25%⁹, que representa um gasto tributário de 9,25% a mais, se comparado à economia advinda da redução da base de cálculo do IRPJ/CSLL da entidade pagadora.

⁷ A incidência global de 34% é resultado do somatório das alíquotas de 15% de IRPJ, seu respectivo adicional de 10% e a tributação pela CSLL em 9%.

⁸ Em se tratando de beneficiário residente ou domiciliado em país com tributação favorecida, como o IRRF incidiria à alíquota de 25%, o ganho seria de apenas 9%. Ademais, será preciso levar em consideração a tributação internacional à qual a quantia eventualmente remetida ao exterior será submetida – análise que será realizada mais adiante, quando adentrarmos nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil.

⁹ Resultado do somatório dos 15% de IRRF, 19% (IRPJ, seu respectivo adicional e CSLL), 1,65% de PIS e 7,6% de COFINS.

3. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO DIVIDENDOS NO DIREITO INTERNO

Os juros sobre o capital próprio possuem características que permitem a sua classificação como dividendos. O primeiro argumento que se pode levantar, nesse sentido, diz respeito ao fato de que o pagamento do JCP tem como pressuposto que o seu beneficiário, ou seja, o sócio ou acionista da pessoa jurídica da qual provém essa remuneração, possua participação no capital social da empresa. Desse modo, sustenta-se que o JCP é, na verdade, um rendimento de participação societária, da mesma forma que os dividendos o são.

Com efeito, não haveria que se falar em uma relação de débito e crédito, própria dos contratos de mútuo, subjacente ao pagamento do JCP. Um contrato de empréstimo se caracteriza pela existência, entre credor e devedor, de obrigações e deveres contrapostos. O credor se obriga a emprestar uma determinada quantia e, em contrapartida, lhe é assegurado o direito de receber do devedor a quantia emprestada (principal) e os respectivos juros que decorrem da indisponibilidade do capital durante um determinado período de tempo. Trata-se, pois, de uma relação sinalagmática¹⁰ inerente aos contratos de prestação.

No âmbito de um contrato de mútuo, o direito do credor de receber o principal e os acréscimos de juros não se afigura como uma faculdade do devedor, ou seja, a contraprestação à qual o mutuante faz jus constitui uma obrigação a ser adimplida pelo mutuário¹¹.

De modo completamente diverso, o pagamento dos juros sobre o capital próprio não constitui uma obrigação que a pessoa jurídica deva necessariamente cumprir, mas, sim, uma faculdade, conforme mencionado anteriormente na exposição dos aspectos normativos do instituto. Além disso, o JCP é calculado aplicando a taxa TJLP sobre as contas que compõem o patrimônio líquido da entidade, o que denota a sua natureza de remuneração pelo capital investido, ao passo que os juros propriamente ditos constituem remuneração pelo capital emprestado¹².

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 249-250.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 745-747.

¹² TÔRRES, Heleno Taveira. Juros sobre o capital próprio: autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 373.

Em conformidade com o disposto no art. 9º da Lei 9.249/1995 c/c os arts. 121, 132, II, e 192 da Lei 6.404/1976, o pagamento do JCP está condicionado à prévia aprovação em assembleia geral e, ainda assim, à existência de lucros acumulados ou reservas de lucros na pessoa jurídica, tal como os dividendos também estão (art. 201 da Lei 6.404/1976). Além disso, o beneficiário do JCP deve necessariamente ser sócio ou acionista da empresa, pressupondo, portanto, que entre ele e a pessoa jurídica pagadora da remuneração exista uma relação jurídica baseada num contrato de sociedade.

O contrato de sociedade, qual seja, aquele firmado entre os sócio de uma pessoa jurídica, se constitui na medida em que o acionista ou quotista integraliza a sua parte no capital social da empresa, seja por meio de dinheiro ou algum bem passível de ser avaliado em dinheiro (art. 7º da Lei 6.404/1976). Trata-se de uma obrigação do acionista ou quotista (art. 106 da Lei 6.404/1976 e art. 997, III e IV, do Código Civil), de caráter irrevogável, tendo em vista a função precípua que o capital social – como fundo perpétuo e intangível¹³ – desempenha para a garantia dos credores da sociedade.

Em decorrência da irrevogabilidade da contribuição dos sócios para a formação do capital social e do caráter intangível da respectiva quantia realizada, verifica-se o fundamento de ser da regra que estabelece, como condição para a distribuição de dividendos, a apuração de lucros pela sociedade (art. 201 da Lei 6.404/1976).

Essa disciplina normativa evidencia uma característica fundamental do contrato de sociedade, qual seja, a necessária partilha dos riscos e dos resultados do empreendimento entre a pessoa jurídica e os sócios, de tal forma que entre eles não se cogita possa existir uma relação sinalagmática típica dos contratos de mútuo. Ao contrário, o contrato de sociedade pressupõe que as suas partes irão adimplir com as suas prestações tendo em vista a consecução de um fim comum¹⁴.

¹³ Em que pese a existência de argumentos questionando a sua função como garantia dos credores da sociedade, a Lei 6.404/1976 adotou o princípio da intangibilidade do capital social (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 146, 156-157).

¹⁴ A legislação brasileira conferiu às sociedades natureza contratual (LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 25-29, 62, 68).

Assim, ante à ausência de elementos suficientes para se caracterizar o contrato de sociedade como uma relação creditícia, sustenta-se que o pagamento do JCP, na medida em que pressupõe a existência de uma relação societária entre a pessoa jurídica e o seu beneficiário, deve ser caracterizado como remuneração advinda de um direito de participação nos resultados da empresa, ou seja, como dividendo.

Ademais, a fim de se defender essa posição, são tidos em conta tanto o disposto no § 7º do art. 9º da Lei 9.249/1995, que prevê a possibilidade de se imputar aos dividendos obrigatórios (art. 202 da Lei 6.404/1976) o valor pago a título de JCP, quanto a forma de contabilização desse pagamento nos termos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Utiliza-se como argumento o fato de o pagamento de JCP, assim como os dividendos obrigatórios, dependerem da existência de lucros no montante de, no mínimo, duas vezes (2x) o valor a ser pago ou creditado a título dessas remunerações (art. 9º, § 1º, da Lei 9.249/1995 e art. 202 da Lei 6.404/1976)¹⁵. Não obstante, essa condição prevista para que se proceda ao pagamento do JCP iria de encontro àquela também estipulada no art. 17, § 3º, da Lei 6.404/1976 para a distribuição de dividendos¹⁶, qual seja:

§ 3º Os dividendos, ainda que fixos ou cumulativos, não poderão ser distribuídos em prejuízo do capital social, salvo quando, em caso de liquidação da companhia, essa vantagem tiver sido expressamente assegurada. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

Por essa razão, a CVM, através da Deliberação nº 683, de 30 de agosto de 2012¹⁷, se pronunciou no sentido de se conferir aos juros sobre capital próprio o mesmo tratamento contábil que é dado aos dividendos obrigatórios:

10. Os juros sobre o capital próprio – JCP são instituto criado pela legislação tributária, incorporado ao ordenamento societário brasileiro por força da Lei 9.249/95. É prática usual das sociedades distribuírem-nos aos seus acionistas e imputarem-nos ao dividendo obrigatório, nos termos da legislação vigente.

¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. Juros sobre o capital próprio: autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 376-377; AMARO, Luciano. PIS/Cofins e juros sobre o capital próprio. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 239, p. 97-106, ago. 2015.

¹⁶ AFONSO, José Roberto; LUKIC, Melina Rocha. **Tributação da renda das pessoas jurídicas no Brasil e os juros sobre o capital próprio**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 89.

¹⁷ Precedida pela Deliberação CVM nº 207, de 13 de dezembro de 1996, que também consignava o mesmo entendimento.

11. Assim, o tratamento contábil dado aos JCP deve, por analogia, seguir o tratamento dado ao dividendo obrigatório. O valor de tributo retido na fonte que a companhia, por obrigação da legislação tributária, deva reter e recolher não pode ser considerado quando se imputam os JCP ao dividendo obrigatório.

Tal como os dividendos, o pagamento do JCP só pode ser destinado àqueles que têm participação no capital social da pessoa jurídica pagadora, e os sócios ou quotistas da pessoa jurídica não integralizam o capital da sociedade a título de empréstimo, mas como investimento.

A participação no capital social de uma pessoa jurídica pressupõe a assunção de um risco diretamente relacionado à execução do objeto social, diferentemente de um contrato de mútuo, no qual o credor está sujeito ao risco do inadimplemento por parte do devedor. Desse modo, o risco inerente ao contrato de mútuo, que justifica a percepção dos juros, não é o mesmo no âmbito do contrato de sociedade, que dá causa ao pagamento do JCP.

Ademais, o devedor, no contexto de um contrato de mútuo, possui a obrigação de pagar o principal e os acréscimos de juros ao credor, ao passo que o JCP não constitui pagamento ao qual a sociedade se encontra obrigada a adimplir em favor dos seus sócios. Em se tratando de um empréstimo contraído por uma pessoa jurídica, o valor devido a título de juros é contabilizado diretamente em conta do passivo exigível, diferentemente da remuneração do JCP, que é calculada sobre determinadas contas do patrimônio líquido da empresa.

Em face desses argumentos, sustenta-se que o pagamento de JCP se assemelha à partilha dos lucros auferidos pela sociedade.

4. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO JUROS NO DIREITO INTERNO

Defende-se que o JCP possuiria a natureza de juros, posto que o seu pagamento aos sócios da pessoa jurídica afigura-se como um adicional¹⁸ à percepção de dividendos. Nesse sentido, vislumbra-se uma diferença entre os juros e dividendos, dizendo-se que o JCP remunera o sócio pelo custo de oportunidade relativo ao capital que ele aportou na sociedade¹⁹, bem como pelos lucros apurados, mas não distribuídos.

Daí ser pertinente a aplicação da TJLP sobre as contas do patrimônio líquido da sociedade, como forma de compensar os sócios pela indisponibilidade do capital investido no empreendimento. Ou seja, aplica-se a TJLP para remunerar o sócio ou acionista da mesma forma que ele haveria de ser remunerado caso houvesse concedido um empréstimo à pessoa jurídica²⁰.

Em síntese, poderíamos resumir essa diferenciação da seguinte forma: enquanto o JCP remunera o sócio pelo custo de oportunidade e risco do capital investido na empresa, os dividendos consistem numa remuneração dos sócios pelo efetivo sucesso do empreendimento.

Os defensores da ideia segundo a qual o JCP tem natureza de juros também se utilizam de uma das premissas apontadas por aqueles que entendem que essa remuneração afigura-se como típica distribuição de lucros. Argumenta-se que, dado o pagamento do JCP consistir numa faculdade da pessoa jurídica, não se poderia sustentar se tratar de uma forma de remuneração inerente ao contrato de sociedade, diferentemente dos dividendos, os quais constituem um direito dos sócios não suscetível de supressão pelo estatuto ou contrato social, haja vista o disposto no art. 202 da Lei 6.404/1976 acerca da obrigatoriedade de sua distribuição.

¹⁸ OLIVEIRA, Matheus Bueno de. Os juros sobre capital próprio (JCP) e sua qualificação nos acordos contra a bitributação firmados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Mercado financeiro e de capitais: regulação e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 1263.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre o capital próprio: natureza jurídica e forma de apuração diante da “nova contabilidade”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 169-193. (Volume 3).

²⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. A Participação nos resultados das companhias (dividendos e juros sobre o capital próprio) e os direitos dos acionistas minoritários. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2000. v. 2, p. 29.

A fim de sustentar esse entendimento, alega-se que o tratamento fiscal conferido ao JCP, equalizando-o aos juros propriamente ditos, não teria sua razão de ser não fosse a diferença existente entre essa forma de remuneração e os dividendos²¹. Do contrário, caso se atribuísse ao JCP a natureza de dividendo, não haveria margem para se conceber um tratamento fiscal que o equiparasse aos juros, sob pena de violação do princípio da isonomia (art. 150, II, da CF).

Cogita-se, inclusive, que a equiparação do JCP aos dividendos acarretaria num esvaziamento do instituto, posto que impossibilitaria o seu reconhecimento como despesa financeira para fins de dedução na base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Por oportuno, é importante dizer que a jurisprudência²² e a Receita Federal²³ atribuem ao JCP a natureza de juros, considerando-os, do ponto de vista de quem os recebe, como receita financeira²⁴, que integra o lucro real tributável, e, na perspectiva da entidade pagadora, como despesa financeira²⁵, dedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por fim, um argumento também aventado para se atribuir a natureza de juros ao JCP seria a consideração de que o instituto foi concebido, entre outras finalidades já anteriormente enunciadas, como um mecanismo de compensação do fim da correção monetária das demonstrações financeiras das empresas brasileiras. Nesse sentido, o JCP se prestaria a mitigar os efeitos inflacionários, pois viabilizaria a dedução da base de cálculo do IRPJ e CSLL de determinado valor que não poderia ser reconhecido como lucro da pessoa jurídica²⁶.

²¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Juros de remuneração do capital próprio. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, v.15, p. 114-126, 1998.

²² REsp 952.566/SC; REsp 921.269/RS; AgRg no REsp 1.158.033/RS; EDcl no AgRg no EAg 1.330.134/SP; REsp 1.200.492/RS.

²³ Acórdão nº 1301-000.480 (Processo nº 11020.003017/2004-39); Acórdão nº 105-16.570 (Processo nº 11080.009723/2005-61); Acórdão nº 2202-001.759 (Processo nº 11020.003016/2004-94); Acórdão nº 2401-001.504 (Processo nº 10380.005041/2007-01).

²⁴ Conforme art. 29, § 4º, da Instrução Normativa SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996 e arts. 59, VI, e 76 da Instrução Normativa SRF nº 1.700/2017.

²⁵ Conforme art. 30, par. único, da Instrução Normativa SRF nº 11, de 21 de fevereiro de 1996; art. 75 da Instrução Normativa SRF nº 1.700/2017; e art. 398 do Decreto nº 9.580/2018 (RIR/2018).

²⁶ “*As a matter of fact, there are strong arguments to make a case for the qualification of the JCPs as dividend payments (...). However, if one considers that JCP payments account for inflation adjustments and opportunity costs, there are also strong arguments favoring the interest nature of such payments, as JCP deductions would in fact take out items from the corporate taxable income that are not part of its genuine profits.*” (MALHERBE, Jacques; VETTORI, Gustavo G. *Deducting Interest on Equity Capital: Brazilian and Belgian Tax Rules Compared.* **European Tax Studies**, 2010, p. 32-33)

Todavia, esse argumento pode ser questionado levando-se em conta o fato de o pagamento do JCP e, conseqüentemente, sua suposta função de eliminar os efeitos inflacionários da base de cálculo do IRPJ e CSLL consistirem apenas numa faculdade da pessoa jurídica²⁷. Além do que, se a quantia não pode ser reconhecida como lucro, não faz sentido que ela possa ser distribuída aos sócios e, assim, reconhecida como receita financeira.

²⁷ CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 114. (Volume 2).

5. A QUALIFICAÇÃO DO JCP NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

A qualificação dos juros sobre o capital próprio de modo a lhes atribuir a natureza própria de juros (*interest*), consta expressamente nos acordos celebrados pelo Brasil com os seguintes países: África do Sul, Chile, Israel, México, Peru, Portugal, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela. Nesses acordos, tal previsão se faz consignada nos respectivos protocolos.

O protocolo de um acordo se presta a esclarecer dúvidas relativas ao modo como um dos Estados contratantes interpreta determinadas cláusulas convencionadas. Entretanto, o protocolo só é considerado como parte integrante do acordo na medida em que tiver sido aprovado, no âmbito brasileiro, pelo Congresso Nacional da mesma forma que o acordo internacional o foi, nos termos do art. 49, I, da CF.

Para os demais acordos celebrados pelo Brasil, onde não há previsão expressa acerca do tratamento a ser dado às remunerações pagas a título de JCP a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, ou seja, em outro Estado contratante, a questão da qualificação adequada desses rendimentos, seja como dividendos ou juros, se apresenta relevante²⁸.

Enquanto no direito interno é possível se ater aos elementos levados em conta pela legislação tributária para fins de apuração do tributo (e.g.: base de cálculo; tratamento contábil; aspecto temporal) e, com isso, definir a natureza do rendimento, nos acordos internacionais para se evitar a bitributação da renda é necessário primeiro qualificar a natureza do pagamento, para depois se proceder ao seu enquadramento em um dos dispositivos normativos que irá definir o modo como a tributação incidirá²⁹.

²⁸ “*It is unclear if JCP payments should be qualified under articles 10 or 11 of double tax treaties following the OECD model convention. Considering that Brazilian treaties might provide for different withholding caps in each of these income categories and, moreover, might provide for matching credits, the issue is of great relevance.*” (MALHERBE, Jacques; VETTORI, Gustavo G. *Deducting Interest on Equity Capital: Brazilian and Belgian Tax Rules Compared. European Tax Studies*, 2010, p. 33); CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 115. (Volume 2).

²⁹ OLIVEIRA, Matheus Bueno de. Os juros sobre capital próprio (JCP) e sua qualificação nos acordos contra a bitributação firmados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Mercado financeiro e de capitais: regulação e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 1266.

Dessa forma, analisaremos o conceito de dividendos e de juros veiculados pela Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para evitar a dupla tributação da renda, tendo em consideração o fato de os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil se basearem, predominantemente, no texto proposto pela OCDE como modelo.

Na sequência, será apresentada uma síntese das regras de interpretação dos acordos sobre tributação da renda que se fazem necessárias para a correta compreensão do tema sob estudo e, por fim, levantaremos os argumentos sustentados em favor tanto da qualificação do JCP como dividendos, quanto da sua classificação como juros, no âmbito dos acordos celebrados pelo Brasil, bem como os respectivos contra-argumentos que fomentam o debate acerca do tema.

5.1 O Conceito de Dividendos na Convenção Modelo da OCDE

O atual art. 10, § 3º, da Convenção Modelo da OCDE traz o conceito de dividendos (*dividends*) nos seguintes termos:

The term “dividends” as used in this Article means income from shares, “jouissance” shares or “jouissance” rights, mining shares, founders’ shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.

Da leitura desse dispositivo, percebe-se que o aspecto essencial ao qual a OCDE se atém para caracterizar determinado rendimento no escopo do artigo 10 é a percepção de que se trata de uma remuneração consubstanciada numa participação societária no lucro de uma pessoa jurídica, conforme consta na expressão “*rights, not being debt-claims, participating in profits*”.

Essa participação pode se constituir de variadas formas, conforme consta no respectivo artigo, podendo ser uma remuneração auferida a título de *shares, jouissance shares or rights, mining shares, founders’ shares*, ou outra espécie de *corporate right*. Entretanto, o ponto em comum que deve existir entre todas essas formas de remuneração é a sua não constituição como um

direito de crédito (“*not being debt-claims*”) que o seu respectivo beneficiário possa exercer contra a pessoa jurídica pagadora.

Dessa forma, podemos dizer que há uma preponderância do critério de participação societária no capital para fins de caracterização de um determinado rendimento como sendo dividendo, desde que essa participação, (i) ainda que consubstanciada num direito de auferir parcela dos lucros obtidos pela sociedade, não represente um direito de crédito que o seu beneficiário possa exercer unilateralmente contra a empresa; e (ii) encontre-se submetida, no país de residência da sociedade pagadora, ao mesmo tratamento tributário conferido aos rendimentos advindos das ações.

No que diz respeito à competência dos Estados contratantes para tributar os rendimentos qualificados como dividendos, dispõe os §§ 1º, 2º, 4º e 5º desse mesmo artigo:

1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends throughout a 365 day period that includes the day of the payment of the dividend (for the purpose of computing that period, no account shall be taken of changes of ownership that would directly result from a corporate reorganisation, such as a merger or divisive reorganisation, of the company that holds the shares or that pays the dividend);

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of these limitations. This paragraph shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid.

4. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the dividends, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State of which the company paying the dividends is a resident through a permanent establishment situated therein and the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.

5. Where a company which is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company, except insofar as such dividends are paid to a resident of that other State or insofar as the holding in

respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment situated in that other State, nor subject the company's undistributed profits to a tax on the company's undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.

Da análise do dispositivo acima citado, verifica-se que ambas as partes contratantes têm competência tributária sobre a remessa de dividendos realizada por uma pessoa jurídica residente em um Estado a um beneficiário residente em outro Estado (*beneficial owner*).

No entanto, o Estado de residência da pessoa jurídica que está realizando o pagamento tem o seu poder de tributar (*withholding tax*) limitado (i) à alíquota de 5%, caso o beneficiário do rendimento, residente no outro Estado, seja uma pessoa jurídica detentora de no mínimo 25% de participação no capital da empresa pagadora³⁰; e (ii) à alíquota de 15% nos demais casos.

O elemento essencial para que o Estado onde se situa a fonte pagadora possa exercer sua competência tributária é a residência, ou seja, a pessoa jurídica que realiza o pagamento dos dividendos deve possuir residência nesse país. Em se tratando de apenas um estabelecimento permanente subordinado a uma sociedade residente em um outro país, ainda que esse estabelecimento seja responsável pelo efetivo pagamento de dividendos ao outro Estado contratante, não poderá ser tributado pelo Estado onde está situado.

O beneficiário efetivo do pagamento (*beneficial owner*) deverá ser residente no outro Estado contratante, para que o art. 10 possa ser aplicado. Entretanto, caso o beneficiário (*beneficial owner*) tenha, no país onde reside a fonte pagadora, um estabelecimento permanente ao qual os dividendos são distribuídos, deverá ser aplicado o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE. Nessa hipótese, os dividendos serão tributados em conformidade com a legislação interna do Estado onde reside a fonte pagadora, não havendo que se falar em retenção na fonte (*withholding tax*) ou, sequer, em tributação no Estado de residência do *beneficial owner*.

Na hipótese de a fonte pagadora residente num Estado contratante efetuar a remessa de dividendos a um estabelecimento permanente situado num terceiro Estado, mas o beneficiário

³⁰ Na lição de Alberto Xavier, “A redução excepcional justifica-se pela necessidade de evitar a dupla ou sucessiva tributação dos lucros distribuídos a pessoas jurídicas (*intercompany dividends*), em especial quando entre si mantêm relações de controladora e subsidiária” (XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 593-594). O autor também chama a atenção para o fato de a maioria das convenções celebradas pelo Brasil não preverem essa redução excepcional.

efetivo desses dividendos (*beneficial owner*) for residente no outro Estado contratante, será aplicado o art. 10 normalmente³¹.

Vale dizer também que, conforme consignado no § 2º do art. 10, apenas os lucros distribuídos (dividendos) são tributados, não se aplicando o referido regime aos lucros apurados pela fonte pagadora, mas não distribuídos (“*shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid*”).

Nas situações em que os dividendos provenientes de fonte pagadora residente em outro Estado contratante forem recebidos por residentes no Brasil, a tributação praticada pelo Fisco brasileiro será limitada pelas cláusulas de *tax credit*³², *matching credit*³³, *tax sparing*³⁴ ou isenção³⁵, conforme sintetizado no quadro a seguir.

Quadro 1 – Métodos adotados para evitar a dupla tributação (Brasil: Estado de residência)

<i>Tax credit</i>	África do Sul; Argentina; Bélgica; Canadá; Chile; China; Dinamarca; Eslováquia; Finlândia; França; Hungria; Israel; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Países Baixos; Peru; Portugal; Rússia; Suécia; República Tcheca; Trinidad e Tobago; Turquia; Ucrânia; Venezuela
<i>Indirect Tax credit</i>	Portugal
Isenção	Espanha
<i>Matching credit</i> (25%)	Itália; Coreia do Sul; Filipinas (participação mínima de 25%)
Misto	Argentina (Isenção: participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos) – até 2017

³¹ Trata-se do requisito segundo o qual o acordo de bitributação só se aplica na hipótese de o credor dos dividendos for o beneficiário efetivo dos mesmos, ainda que residente no outro Estado contratante. Tal requisito constitui mecanismo para se combater o *treaty shopping*.

³² O Estado de destino do pagamento tributa a renda do beneficiário deduzindo do valor devido o montante pago no Estado da fonte, desde que o imposto pago na fonte seja equivalente ao imposto devido no destino. O limite dessa dedução, via de regra, é o valor do próprio imposto devido no Estado de destino. O Estado de destino pode considerar, para efeitos de dedução, também o valor do imposto de renda pago pela pessoa jurídica relativamente à parcela dos lucros que foram distribuídos a título de dividendos (*indirect tax credit*).

³³ O Estado de destino confere um crédito presumido a uma alíquota superior à incidente no Estado da fonte por ocasião da incidência do imposto retido.

³⁴ O Estado de destino confere um crédito fictício no valor que seria pago no Estado da fonte, não tivesse o Fisco deste Estado concedido algum tipo de benefício ou incentivo fiscal ao contribuinte.

³⁵ O Estado de destino deixa de tributar determinados rendimentos advindos do Estado da fonte. O Estado de destino, apesar de não exercer a sua competência tributária, pode considerar o montante da renda auferida no Estado da fonte, juntamente com a renda auferida no território sob sua jurisdição, para fins de determinação da alíquota progressiva incidente sobre a renda global do beneficiário (isenção com progressividade).

	Áustria (Isenção: participação mínima de 25%; <i>Tax credit</i> : demais casos)
	Equador (Isenção: participação mínima de 10%; <i>Matching credit</i> de 25%: demais casos)
	Índia (Isenção: participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos)

Fonte: (DUARTE FILHO, 2018, p. 325-327; XAVIER, 2010, p. 599)

Nos casos em que os dividendos forem remetidos de fonte pagadora residente no Brasil para beneficiário (*beneficial owner*) residente em outro Estado contratante, a tributação das remessas será realizada em observância às regras de limitação de competência de acordo com o exposto no quadro abaixo.

Quadro 2 – Métodos adotados para evitar a dupla tributação (Brasil: Estado da fonte)

Isenção	Argentina (até 2017); Eslováquia; República Tcheca
Isenção com progressividade	Espanha
<i>Tax credit</i>	África do Sul; Argentina; Bélgica; Chile; China; Dinamarca; Israel; Noruega; Portugal; Rússia; Trinidad e Tobago; Turquia; Ucrânia; Venezuela
<i>Matching credit</i> (25%)	Coreia do Sul; Filipinas; Hungria
Misto	Áustria (Isenção: participação mínima de 25%; <i>Matching credit</i> de 25%: demais casos)
	Bélgica (Isenção: conforme requisitos da lei belga; Dedução de 20%: demais casos)
	Canadá (Isenção: participação mínima de 10%, para lucros de atividade empresarial; <i>Matching credit</i> de 25%: participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos)
	Equador (Isenção: participação mínima de 10%; <i>Matching credit</i> de 25%: demais casos)
	Finlândia (Isenção: participação votante mínima de 10%; <i>Matching credit</i> de 15%: demais casos)
	França (Isenção com limites: participação mínima de 10%; <i>Matching credit</i> de 20%: demais casos)
	Índia (Isenção: participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos)

	Itália (Isenção: participação mínima de 10%; <i>Matching credit</i> de 25%: demais casos)
	Japão (<i>Matching credit</i> de 25%: participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos)
	Luxemburgo (Isenção: participação mínima de 25%; <i>Matching credit</i> de 25%: demais casos)
	México (<i>Indirect Tax credit</i> : participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos)
	Países Baixos (<i>Matching credit</i> de 25%: participação mínima de 10%; <i>Matching credit</i> de 20%: demais casos)
	Paraguai (<i>Tax Sparing</i> : se atendidos determinados requisitos; <i>Tax credit</i> : demais casos)
	Peru (<i>Indirect Tax credit</i> : participação mínima de 10%; <i>Tax credit</i> : demais casos)
	Portugal (Dedução de 95% dos dividendos: participação mínima de 25% por mais de dois anos)
	Suécia (Isenção: conforme requisitos da lei sueca; <i>Matching credit</i> : demais casos)

Fonte: (DUARTE FILHO, 2018, p. 325-327; XAVIER, 2010, p. 600-601)

5.2 O Conceito de Juros na Convenção Modelo da OCDE

O conceito de juros (*interest*) encontra-se previsto no § 3º do art. 11 da Convenção Modelo da OCDE nos seguintes termos:

3. The term “interest” as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article.

O conceito de juros (*interest*) acima consignado pressupõe, em sua essência, se tratar de uma remuneração auferida em virtude de se ter concedido a outrem o direito de utilização do capital durante um determinado período de tempo, o que faz gerar ao mutuante um direito de

crédito a ser exercido em face do mutuário³⁶. Daí o significado tradicional da expressão *income from credit* ou *income from debt-claims*.

Importante ressaltar que o direito de crédito detido pelo mutuante em face do mutuário deve ser absoluto e incondicional, ou seja, típico direito consubstanciado num contrato de empréstimo, do contrário não se pode dizer que a referida remuneração seja oriunda de um “*debt-claim*”. Essa característica da definição de juros é considerada essencial para a qualificação de rendimentos no escopo do art. 11 dos acordos de bitributação que se baseiam na Convenção Modelo da OCDE.

Sendo assim, a expressão “*whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits*” deve ser interpretada levando-se em conta a premissa fundamental para caracterização de um rendimento como sendo juros. Isso significa que determinado pagamento ao qual faz jus o mutuante pode depender da existência de lucros apurados pelo devedor, como é o caso, por exemplo, das debêntures com cláusula de participação nos lucros da pessoa jurídica emissora³⁷. No entanto, ainda que dependa da existência de lucros apurados pelo devedor (*debtor’s profits*), ou seja, mesmo que o pagamento não seja auferido a título de juros, como no caso das debêntures cuja remuneração consiste no recebimento de parcela dos lucros da pessoa jurídica (arts. 52 e 56 da Lei 6.404/1976)³⁸, é imprescindível que a remuneração devida ao credor constitua uma dívida, passível de ser cobrada juridicamente em face do devedor (direito de crédito).

Da leitura desse artigo, observa-se também o intuito de se adotar uma definição exaustiva acerca dos tipos de pagamentos que há de se considerar para efeitos de subsunção ao art. 11 dos acordos de bitributação. Assim, identificamos no bojo do texto convencional, além dos pagamentos tradicionalmente caracterizados como juros (*income from debt-claim*), menção a determinados tipos de pagamentos qualificados *a priori* como juros, quais sejam, dívida

³⁶ DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. **Double Tax Treaties Polices of Brazil: The Brazilian Model Tax Convention**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 164.

³⁷ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 602.

³⁸ “A finalidade da debênture consiste em possibilitar o financiamento da companhia emissora, mediante empréstimo contraído junto a restrito círculo de pessoas (quanto se trata de uma emissão privada) ou mediante apela à poupança popular (no caso de emissão pública colocada no mercado de capitais). (...) Por este motivo, a doutrina brasileira e estrangeira são praticamente consensuais em caracterizar a debênture como um contrato de mútuo mercantil” (EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais: regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 68-69).

pública (*government securities*), títulos de dívida (*bonds*) ou debêntures (*debentures*), bem como os prêmios (*premiums*) e bônus (*prizes*) a eles associados.

Essa definição passou a ser adotada pela OCDE a partir da Convenção Modelo de 1977, ocasião na qual o Comitê de Assuntos Fiscais da organização procedeu a uma revisão³⁹ do § 3º do artigo 11, cujo texto – originalmente concebido na Convenção Modelo de 1963 – previa também o reenvio ao direito interno dos Estados para se determinar o alcance daquilo que haveria de ser considerado como juros. Veja:

The term “interest” as used in this Article means income from Government securities, bonds or debentures, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in profits, and debt-claims of every kind as well as all other income assimilated to income from money lent by the taxation law of the State in which the income arises.

Ou seja, tal como delineado na Convenção Modelo de 1963, a definição de juros (*interest*) afigurava-se aberta⁴⁰, na medida em que, além dos tipos de remessas expressamente mencionadas no texto do dispositivo ou abrangidas pela definição tradicional de juros, seriam também considerados no escopo do artigo 11 aqueles rendimentos que a legislação interna do Estado da fonte atribuísse o mesmo tratamento tributário concedido aos juros. A propósito, em todos os celebrados pelo Brasil, na parte final do § 3º do art. 11 encontra-se a cláusula de reenvio específico tal como prevista na Convenção Modelo da OCDE de 1963, à exceção daqueles pactuados com a China, Finlândia e Ucrânia⁴¹.

Nesse sentido, diz-se que a nova redação dada ao § 3º do artigo 11 da Convenção Modelo, em 1977, objetivou restringir a competência do Estado da fonte⁴², que podia se valer da cláusula de reenvio ao direito interno para ampliar o escopo do conceito de juros e, assim, exercer o seu poder de tributar em relação a certos rendimentos que, na ausência de normas de direito interno atribuindo-lhes tratamento tributário típico de juros, seriam qualificados em outro dispositivo da Convenção Modelo⁴³.

³⁹ OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019, p. M-38.

⁴⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 602.

⁴¹ DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. **Double Tax Treaties Policies of Brazil: The Brazilian Model Tax Convention**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 185.

⁴² XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 601-603.

⁴³ Dispõe o § 21 dos comentários da OCDE ao art. 11 da Convenção Modelo, acerca da exclusão do reenvio ao direito interno: “It has seemed preferable not to include a subsidiary reference to domestic laws in the text; this is

A propósito, a repartição da competência tributária em relação aos juros é prevista nos §§ 1º, 2º, 4º, 5º e 6º do art. 11 da Convenção Modelo da seguinte forma:

1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.
2. However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.
4. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the interest, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the interest arises through a permanent establishment situated therein and the debt-claim in respect of which the interest is paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.
5. Interest shall be deemed to arise in a Contracting State when the payer is a resident of that State. Where, however, the person paying the interest, whether he is a resident of a Contracting State or not, has in a Contracting State a permanent establishment in connection with which the indebtedness on which the interest is paid was incurred, and such interest is borne by such permanent establishment, then such interest shall be deemed to arise in the State in which the permanent establishment is situated.
6. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the interest, having regard to the debt-claim for which it is paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention.

Para que o Estado da fonte, ou seja, de onde provém o pagamento dos juros, possa exercer seu poder de tributar, é preciso que nele se tenha a residência do devedor ou nele esteja situado o estabelecimento permanente responsável por ter contraído o empréstimo e pelo seu efetivo pagamento. Assim sendo, quando da remessa dos juros ao credor residente num outro Estado

justified by the following considerations: a) the definition covers practically all the kinds of income which are regarded as interest in the various domestic laws; b) the formula employed offers greater security from the legal point of view and ensures that conventions would be unaffected by future changes in any country's domestic laws; c) in the Model Convention references to domestic laws should as far as possible be avoided." (OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019, p. C(11)-13); CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015, p. 116-117. (Volume 2)

contratante, com o qual se tenha celebrado acordo de bitributação, será devido no Estado da fonte um tributo cobrado a título de retenção (IRRF), à alíquota prevista no artigo 11 do tratado. Entretanto, caso o credor, residente no outro Estado contratante, possua no Estado da fonte um estabelecimento permanente ao qual se tenha atribuído o direito de receber os juros, estes serão tributados apenas no Estado da fonte, onde se localiza o respectivo estabelecimento, a título de lucro auferido (art. 7º da Convenção Modelo).

Importante ressaltar que o credor dos juros, para fins de aplicação do tratado, deve possuir no Estado de destino, ou seja, onde a remuneração será auferida, não somente sua residência, mas também o estabelecimento permanente ao qual foi atribuído o direito de receber os juros⁴⁴. Assim, por exemplo, não será aplicado o acordo em se tratando de juros pagos por devedor residente num Estado contratante (fonte) a uma filial (estabelecimento permanente) situada num outro Estado contratante, ou num terceiro Estado com o qual não se tenha celebrado acordo, cuja matriz tenha residência num outro Estado qualquer, seja este contratante ou não.

O Estado da fonte exerce seu poder de tributar fazendo incidir o imposto de renda retido na fonte (IRRF) até o limite da alíquota pactuada com o Estado de destino. Conquanto esse limite máximo possa variar, dependendo do Estado com o qual se tenha celebrado o acordo, também pode se estabelecer uma alíquota máxima especial na medida em que se verifique a presença de determinados requisitos, como, por exemplo, (i) a natureza do credor; (ii) a destinação dada à quantia emprestada; ou (iii) o prazo mínimo pelo qual o contrato de empréstimo deve vigor⁴⁵.

Por sua vez, o Estado de destino dos rendimentos exercerá sua competência tributária desde que o credor, conquanto residente nesse Estado, não tenha no Estado da fonte estabelecimento permanente ao qual o direito de crédito esteja efetivamente ligado (i.e.: detenha o direito de receber ou cobrar o pagamento).

⁴⁴ Além desse requisito, alguns tratados celebrados pelo Brasil exigem que o credor dos juros residente no outro Estado contratante seja, de fato, o beneficiário efetivo do pagamento: África do Sul; Argentina; Chile; China; Coreia do Sul; Equador; Eslováquia; Filipinas; Hungria; Índia; Israel; Itália; México; Noruega; Países Baixos; Paraguai; Peru; Portugal; República Tcheca; Rússia; Trinidad e Tobago; Turquia; Ucrânia; Venezuela.

⁴⁵ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 613.

Nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, a tributação dos juros por meio do imposto de renda retido na fonte, quando da remessa dos pagamentos a um outro Estado contratante, se dá, aplicando-se as alíquotas conforme relacionado a seguir.

Quadro 3 – Alíquotas de IRRF incidentes sobre o pagamento de juros

Juros em geral	25%	Suécia (se o beneficiado for pessoa física ou sociedade de pessoas)
	15%	África do Sul; Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; China; Coreia do Sul; Dinamarca; Equador; Eslováquia; Espanha; Filipinas; Finlândia (cf. legislação doméstica); França; Hungria; Índia; Israel; Itália; Luxemburgo; México; Noruega (cf. legislação doméstica); Paraguai; Peru; Portugal; Países Baixos; República Tcheca; Rússia; Trinidad e Tobago; Turquia; Suécia (cf. legislação doméstica); Ucrânia; Venezuela
	12,5%	Japão
Juros de financiamentos bancários para a aquisição de equipamentos a longo prazo	10%	Bélgica; Canadá; Coreia do Sul; Eslováquia; Espanha; França; Hungria; Países Baixos; República Tcheca

Fonte: (DUARTE FILHO, 2018, p. 184; XAVIER, 2010, p. 612)

Além disso, a tributação praticada pelo Fisco brasileiro, nos casos em que os juros provenientes de fonte pagadora residente em outro Estado contratante forem recebidos por residentes no Brasil, será limitada pelas cláusulas de *tax credit*, *matching credit* ou isenção, conforme sintetizado no quadro a seguir.

Quadro 4 – Métodos adotados para evitar a dupla tributação (Brasil: Estado de residência)

<i>Tax credit</i>	África do Sul; Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; China; Dinamarca; Eslováquia; Finlândia; França; Hungria; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Peru; Portugal; Países Baixos; República Tcheca; Rússia; Suécia; Trinidad e Tobago; Turquia; Ucrânia; Venezuela
<i>Matching credit</i> (20%)	Coreia do Sul; Espanha
<i>Matching credit</i> (25%)	Equador; Filipinas; Índia
<i>Tax sparing</i>	Paraguai

Fonte: (DUARTE FILHO, 2018, p. 328-329; XAVIER, 2010, p. 615)

Por fim, nas situações em que o pagamento de juros provenientes do Estado brasileiro for remetido a beneficiários residentes em outro Estado com o qual se tenha celebrado acordo de bitributação, o poder de tributar deste último estará limitado pela aplicação das cláusulas de *tax credit*, *matching credit* ou isenção, na forma relacionada no quadro a seguir.

Quadro 5 – Métodos adotados para evitar a dupla tributação (Brasil: Estado da fonte)

<i>Tax credit</i>	África do Sul; Argentina; Chile; China; Finlândia; Israel; México; Noruega; Paraguai; Peru; Portugal; Rússia; Suécia; Trinidad e Tobago; Ucrânia; Venezuela
<i>Matching credit</i> (20%)	Canadá; Coreia do Sul; Espanha; França; Japão; Luxemburgo; Países Baixos
<i>Matching credit</i> (25%)	Áustria; Dinamarca; Eslováquia; Equador; Filipinas; Hungria; Índia; Itália; República Tcheca
Isenção	Argentina (até 2017)
Misto	Bélgica (<i>Matching credit</i> e <i>Tax Sparing</i> de 5%)

Fonte: (DUARTE FILHO, 2018, p. 328-329; XAVIER, 2010, p. 616)

5.3 Os Comentários da OCDE aos arts. 10 e 11 da Convenção Modelo

De acordo com os entendimentos explicitados pela OCDE nos comentários aos arts. 10 e 11 da Convenção Modelo, uma análise dos riscos assumidos pelo investidor, ao aportar recursos numa empresa, deve ser realizada para fins de atribuição da natureza de juros ou dividendos aos rendimentos advindos desses investimentos.

Isso significa dizer que, para fins de qualificação de um determinado rendimento no escopo de um desses artigos, o intérprete deve identificar se o investidor partilha ou não dos riscos do empreendimento juntamente com a pessoa jurídica e seus respectivos sócios, de modo que a perspectiva que ele teria de receber o pagamento devido em razão do aporte de recursos na empresa dependesse majoritariamente do sucesso ou fracasso da atividade empresarial. Nesse sentido dispõe o § 25 dos comentários da OCDE ao artigo 10 da Convenção Modelo:

25. Article 10 deals not only with dividends as such but also with interest on loans insofar as the lender effectively shares the risks run by the company,

i.e. when repayment depends largely on the success or otherwise of the enterprise's business. Articles 10 and 11 do not therefore prevent the treatment of this type of interest as dividends under the national rules on thin capitalisation applied in the borrower's country. (...)

Dessa forma, ainda que se esteja diante de um rendimento cuja natureza jurídica, *a priori*, seja a de juros (*interest*), é factível que o mesmo possa ser qualificado no escopo do art. 10, ou seja, como dividendo, desde que a probabilidade de o investidor recuperar a quantia investida na empresa (i) dependa da apuração de lucros na pessoa jurídica, (ii) encontre-se subordinada ao pagamento de outros credores ou à distribuição de dividendos ou (iii) não se afigure como um direito certo e líquido.

Esses são os elementos relacionados no § 25 dos comentários da OCDE ao art. 10 cuja verificação, à luz das circunstâncias concretas de cada caso, podem fazer com que um rendimento receba tratamento tributário conferido aos dividendos no âmbito dos acordos de bitributação, a despeito da lei interna dos Estados contratantes eventualmente considerá-los como juros:

(...) The question whether the contributor of the loan shares the risks run by the enterprise must be determined in each individual case in the light of all the circumstances, as for example the following:

- the loan very heavily outweighs any other contribution to the enterprise's capital (or was taken out to replace a substantial proportion of capital which has been lost) and is substantially unmatched by redeemable assets;
- the creditor will share in any profits of the company;
- repayment of the loan is subordinated to claims of other creditors or to the payment of dividends;
- the level or payment of interest would depend on the profits of the company;
- the loan contract contains no fixed provisions for repayment by a definite date.

Assim, em face de tais características, o direito do credor de perceber remuneração pelo investimento aportado na pessoa jurídica estará muito mais próximo de um direito típico de sócio com participação no capital, a despeito da forma jurídica com a qual se tenha revestido a operação de financiamento da empresa.

Importante ressaltar que as características elencadas pelo § 25 acima colacionado não são exaustivas, mas constituem apenas sugestões a serem tidas em consideração pelo intérprete do

acordo. Da análise teleológica de seus enunciados, verifica-se que os elementos eleitos pela OCDE para fins de qualificação de determinado rendimento no escopo do art. 10 da Convenção Modelo indicam que a natureza de dividendos pressupõe que o risco de recuperação da quantia investida dependa essencialmente do sucesso da atividade econômica, não se cogitando aqui de risco de inadimplemento da pessoa jurídica financiada.

De fato, se o investidor, seja ele sócio ou não do empreendimento, está adstrito apenas aos riscos de inadimplemento, próprios de uma relação creditícia, o seu direito de crédito (*debt-claim*) não depende majoritariamente do sucesso do empreendimento. Nesse caso, a sua remuneração não será qualificada como dividendos no âmbito dos acordos de bitributação. Nesse sentido é o disposto no § 24 dos comentários ao art. 10 da Convenção Modelo:

24. The notion of dividends basically concerns distributions by companies within the meaning of subparagraph b) of paragraph 1 of Article 3. Therefore the definition relates, in the first instance, to distributions of profits the title to which is constituted by shares, that is holdings in a company limited by shares (joint stock company). The definition assimilates to shares all securities issued by companies which carry a right to participate in the companies' profits without being debt-claims; such are, for example, "jouissance" shares or "jouissance" rights, founders' shares or other rights participating in profits. In bilateral conventions, of course, this enumeration may be adapted to the legal situation in the Contracting States concerned. This may be necessary in particular, as regards income from "jouissance" shares and founders' shares. On the other hand, debt-claims participating in profits do not come into this category (see paragraph 19 of the Commentary on Article 11); likewise interest on convertible debentures is not a dividend.

Em contrapartida, nos termos delineados no § 18 dos comentários da OCDE ao art. 11 da Convenção Modelo, serão qualificados como juros (*interest*) os rendimentos advindos de títulos de dívida, ainda que confirmem ao seu respectivo credor o direito de participar nos lucros auferidos pela empresa investida, desde que a relação jurídica existente entre investidor e devedor seja aquela própria dos contratos de empréstimo:

18. Paragraph 3 specifies the meaning to be attached to the term "interest" for the application of the taxation treatment defined by the Article. The term designates, in general, income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in profits. The term "debt-claims of every kind" obviously embraces cash deposits and security in the form of money, as well as government securities, and bonds and debentures, although the three latter are specially mentioned because of their importance and of certain peculiarities that they may present. It is recognised, on the one hand, that

mortgage interest comes within the category of income from movable capital (*revenus de capitaux mobiliers*), even though certain countries assimilate it to income from immovable property. On the other hand, debt-claims, and bonds and debentures in particular, which carry a right to participate in the debtor's profits are nonetheless regarded as loans if the contract by its general character clearly evidences a loan at interest.

Em consonância com o raciocínio desenvolvido até então, pode-se dizer que a relação jurídica própria dos contratos de empréstimo se faz presente na medida em que o credor encontra-se sujeito apenas ao riscos do inadimplemento do devedor, de modo que a apuração de lucros no empreendimento financiado pouco importa para que ele possa exercer seu direito de crédito (*debt-claim*) em face da pessoa jurídica na qual investiu. Esse é o caso, por exemplo, das debêntures com cláusula de participação nos lucros da pessoa jurídica emissora, contempladas com garantia flutuante (art. 58, § 1º, da Lei 6.404/1976), que assegura ao seu credor (debenturista) preferência sobre o ativo da companhia em caso de liquidação.

Mesmo as debêntures cuja garantia seja subordinada ao adimplemento dos demais credores da companhia, no caso de liquidação (art. 58, § 4º da Lei 6.404/1976), podem ser qualificadas no escopo do art. 11 da Convenção Modelo, conquanto a remuneração dos debenturistas tenha preferência em relação aos acionistas.

A razão para tanto é evidente, qual seja, nesses casos o credor da remuneração (debenturista) não pode ser equiparado aos sócios ou acionistas da pessoa jurídica, pois são detentores de um direito de crédito que goza de preferência sobre o direito dos sócios de participarem no patrimônio líquido da empresa.

Entretanto, é sempre necessário se proceder a uma análise das circunstâncias do caso concreto, evitando-se qualificações *a priori*, pois a questão da determinação da natureza dos rendimentos no âmbito dos acordos de bitributação não é estanque, mas contingente.

Por exemplo, nos casos em que se verifica a subcapitalização (*thin capitalisation*) e elevado grau de endividamento da empresa, o credor de um título de dívida passa a se submeter aos mesmos riscos que os demais sócios e acionistas do empreendimento, pois neste caso a capacidade de solvabilidade da devedora é ínfima, dado a insuficiência de recursos próprios no seu patrimônio líquido. Assim, mediante constatação de que o credor assumiu riscos não apenas do inadimplemento, mas também do sucesso da própria atividade econômica, há que

se cogitar na qualificação do seu pagamento como dividendo, conforme consignado no § 19 dos comentários da OCDE ao art. 11 da Convenção Modelo:

19. Interest on participating bonds should not normally be considered as a dividend, and neither should interest on convertible bonds until such time as the bonds are actually converted into shares. However, the interest on such bonds should be considered as a dividend if the loan effectively shares the risks run by the debtor company (see inter alia paragraph 25 of the Commentary on Article 10). In situations of presumed thin capitalisation, it is sometimes difficult to distinguish between dividends and interest and in order to avoid any possibility of overlap between the categories of income dealt with in Article 10 and Article 11 respectively, it should be noted that the term “interest” as used in Article 11 does not include items of income which are dealt with under Article 10.

É exatamente por conta dessa dificuldade de distinção entre dividendos e juros, para fins atribuição da natureza jurídica de certas remunerações, que a OCDE sugere, como critério de aferição do risco do investidor, se ter em conta a estrutura de capital da pessoa jurídica⁴⁶, especialmente se o montante de investimentos consubstanciados em títulos de dívida supera outras formas de participação no capital social. Veja novamente o já citado § 25 dos comentários ao art. 10 da Convenção Modelo:

(...) The question whether the contributor of the loan shares the risks run by the enterprise must be determined in each individual case in the light of all the circumstances, as for example the following:

— the loan very heavily outweighs any other contribution to the enterprise’s capital (or was taken out to replace a substantial proportion of capital which has been lost) and is substantially unmatched by redeemable assets; (...)

No mesmo sentido é o disposto no § 21.1 dos comentários da OCDE ao artigo 11 da Convenção Modelo:

The definition of interest in the first sentence of paragraph 3 does not normally apply to payments made under certain kinds of nontraditional financial instruments where there is no underlying debt (for example, interest rate swaps). However, the definition will apply to the extent that a loan is considered to exist under a “substance over form” rule, an “abuse of rights” principle, or any similar doctrine.

⁴⁶ Trata-se também de uma preocupação dos órgãos reguladores do mercado de valores mobiliários, pois a dificuldade de delimitação da natureza jurídica de um instrumento financeiro e sua consequente contabilização, em conta do passivo ou do patrimônio líquido, pode induzir a erro os investidores que se utilizam das informações contábeis para fins de tomada de decisão (Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2013).

Esses elementos, conforme dito anteriormente, são sugestões da OCDE e não observam uma hierarquia ou precedência entre si. No entanto, tais elementos indicam a necessidade de superação da forma sob a qual o instrumento financeiro é concebido, para que se possa chegar à sua substância econômica, que pode revelar se tratar de uma remuneração com características de participação no capital (*dividends*) ou assimilada a um direito de crédito (*debt-claim*).

Esse intuito consta nos próprios comentários da OCDE à Convenção Modelo, quando veicula a respeito da definição dos juros (*interest*) que “*the definition will apply to the extent that a loan is considered to exist under a ‘substance over form’ rule, an ‘abuse of rights’ principle, or any similar doctrine*” (§ 21.1 dos comentários ao art. 11 da Convenção Modelo).

6. ASPECTOS GERAIS DA INTERPRETAÇÃO DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

Tendo apresentado as regras de distribuição de competência tributária entre os Estados contratantes cujos acordos de bitributação tenham sido celebrados com base no texto da Convenção Modelo da OCDE, especialmente no que diz respeito à qualificação dos dividendos e dos juros, conforme conceitos e respectivos comentários delineados pelo Comitê de Assuntos Fiscais da organização, passaremos ao estudo das chaves fundamentais para a interpretação dos tratados internacionais em matéria de tributação da renda.

6.1 Os Motivos que levam à celebração de Acordos

A celebração de acordos de bitributação apresenta benefícios tanto aos Estados contratantes quanto aos contribuintes submetidos à jurisdição fiscal de cada ente nacional. Ainda que um determinado país possa adotar medidas unilaterais almejando a preservação de sua base tributável e a eliminação de dupla tributação, não se pode dizer que não haveria benefício algum advindo da celebração de um acordo de bitributação entre este país e outro Estado⁴⁷.

Assim ocorre porque são vários os objetivos que podem ser perseguidos por meio da celebração dos acordos de bitributação, quais sejam, evitar a dupla tributação, combater a erosão da base tributável, ampliar o acesso à informação entre nações⁴⁸, promover a segurança jurídica dos investidores, eliminar a tributação discriminatória⁴⁹, promover uma justa repartição de receitas tributárias, atrair e incentivar investimentos internacionais.

No que diz respeito à repartição de receitas tributárias, é importante ressaltar que a celebração de acordos entre Estados afigura-se como instrumento imprescindível para a consecução desse objetivo. A razão para tanto reside na indissociável correlação entre uma justa repartição de receitas tributárias e a adoção de uma política fiscal recíproca entre Estados soberanos, algo que não se pode alcançar através de medidas unilaterais⁵⁰.

⁴⁷ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

⁴⁸ Art. 26 da Convenção Modelo da OCDE.

⁴⁹ Art. 24 da Convenção Modelo da OCDE.

⁵⁰ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 45-46.

A justa repartição de receitas tributárias pressupõe que os Estados negociem entre si e estabeleçam limitações recíprocas ao seu poder de tributar, especialmente em se tratando de relações comerciais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Nesse âmbito, a celebração de acordos contendo cláusulas de *matching credit* e *tax sparing* pode ser citada como medida tendente a promover o fluxo de investimentos entre nações cujo patamar de desenvolvimento seja distinto⁵¹.

Outro relevante objetivo associado à celebração de acordos internacionais de bitributação é evitar que determinado país utilize-se do seu poder de tributar com vistas a beneficiar seus residentes em detrimento de estrangeiros. Por oportuno, é possível dizer também que a ausência de acordos de bitributação ou a adoção de medidas unilaterais pode ocasionar prejuízos aos residentes do próprio país que adota essa postura de não reciprocidade em matéria de política fiscal.

6.2 A Cláusula de Reenvio ao Direito Interno

O reenvio ao direito interno dos Estados contratantes é mecanismo excepcional de interpretação dos acordos de bitributação, encontrando-se previsto no art. 3º, § 2º, da Convenção Modelo da OCDE, da seguinte forma:

2. As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.

Trata-se de mecanismo de integração de conceitos não definidos no acordo de bitributação, por meio do qual o intérprete é remetido ao direito interno de um dos Estados contratantes⁵² para fins de delimitação do significado de um termo ou expressão consignada no acordo de bitributação. No entanto, há uma condição para que o reenvio ao direito interno seja utilizado,

⁵¹ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46-47, 50-51.

⁵² Na lição de Sergio André Rocha, “tendo em vista que apenas o Estado que está aplicando (interpretando/aplicando) o tratado fará o reenvio ao direito interno, não prevê a regra em comento qualquer forma de aplicação extraterritorial da legislação dos Estados contratantes” (ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 148).

qual seja, é preciso que se tenha exaurido a possibilidade de elucidação do significado de um termo a partir (i) do próprio texto do acordo e (ii) do seu contexto.

Diga-se de passagem, conforme consta no dispositivo acima citado, considera-se para fins de direito interno a legislação atualizada, ou seja, aquela em vigor no momento em que se está interpretando ou aplicando o acordo (reenvio dinâmico ao direito interno), e não a que vigia quando da celebração do tratado (reenvio estático)⁵³.

Entretanto, identificamos uma peculiaridade nos acordos que o Brasil firmou com a Argentina e o Equador, na medida em que o dispositivo sob comento não contempla nem o reenvio dinâmico e tampouco o reenvio estático:

2. Para a aplicação da presente Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão ou termo que se encontre de outro modo definido terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante no que respeita aos impostos que são objeto da presente Convenção, a não ser que o contexto imponha uma interpretação diferente. Caso os sentidos resultantes sejam opostos ou antagônicos, as autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a interpretação a ser dada.

De qualquer modo, procedendo-se ao reenvio interno para fins de integração de termo ou expressão de um acordo, surge a questão acerca de qual legislação será considerada, ou seja, se todo o ordenamento jurídico ou apenas a legislação tributária.

Da leitura da expressão “*under the law of that State*”, conforme consignada no dispositivo acima citado, percebe-se a referência a todo o ordenamento jurídico do Estado, para fins de reenvio interno. No entanto, em caso de conflito de significados entre diferentes áreas do direito pátrio, prevalecerá aquele delineado pela legislação tributária (“*any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State*”).

⁵³ Em alguns acordos celebrados pelo Brasil não há previsão de reenvio dinâmico ou reenvio estático ao direito interno, pois foram redigidos com base em uma redação mais antiga da Convenção Modelo da OCDE: Bélgica, Canadá, China, Coréia do Sul, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, República Tcheca e Suécia. O reenvio dinâmico é previsto nos acordos celebrados com os seguintes países: África do Sul, Chile, Israel, México, Paraguai, Portugal e Ucrânia.

Na maioria dos acordos celebrados pelo Brasil, para fins de reenvio ao direito interno encontra-se previsto apenas a remissão à legislação tributária dos Estados contratantes, à exceção dos acordos firmados com a África do Sul, Chile, Israel, Paraguai, Portugal e Ucrânia, cuja redação remonta ao art. 3º, § 2º, da Convenção Modelo da OCDE.

6.3 A Regra Geral de interpretação dos Acordos

As diretrizes de interpretação dos tratados internacionais encontram-se previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969 e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Trata-se de uma convenção que consolida chaves hermenêuticas e princípios costumeiramente utilizados na aplicação do direito internacional.

A regra geral de interpretação dos tratados consta no art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, nos seguintes termos:

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
 - a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.
3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
 - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
 - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
 - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Da leitura do dispositivo acima, constata-se a existência de um procedimento de interpretação dos acordos internacionais. O intérprete deve se atentar para o texto, preâmbulo e anexos do acordo, buscando deles extrair um significado em conformidade com o sentido comum dos

seus termos ou expressões. Não se trata aqui de se proceder a uma interpretação literal, mas sistemática, na medida em que se deve buscar o sentido comum dos termos levando-se em consideração o contexto no qual o tratado se insere, seus objetivos e finalidades.

O contexto de um tratado, tal como consignado nos itens 2 e 3 da regra citada, compreende (i) outros acordos celebrados pelas partes, ou por uma delas com um terceiro, mas que guarde relação com o tratado sob interpretação; (ii) a prática hodiernamente adotada pelas partes para fins de aplicação do tratado; e (iii) as demais regras de direito internacional às quais se submetem as partes contratantes.

Os objetivos e finalidades que se pretendeu realizar com a celebração do tratado também devem ser levados em consideração pelo intérprete. Nesse sentido, defende-se que os objetivos anteriormente relacionados acerca da celebração dos acordos de bitributação devem necessariamente constituir princípios vetores da construção do significado dos termos e expressões convencionados.

Um tratado também deve ser interpretado no âmbito da boa-fé, conforme consta no § 1º do art. 31 e no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Trata-se de um princípio que orienta o intérprete a aplicar o tratado de modo a concretizar os objetivos almejados com a sua celebração.

No que diz respeito aos acordos de bitributação, a sua interpretação deve primar pela justa repartição das receitas tributárias, evitando-se, com isso, a dupla tributação. Para consecução desse objetivo, o princípio da boa-fé apresenta-se como mandamento relevante, na medida em que orienta o intérprete a extrair dos dispositivos convencionados um significado que seja comum entre os Estados contratantes⁵⁴.

Conforme consta no § 4º do art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a interpretação de um termo no seu sentido especial está condicionada à existência de prévio acordo entre as partes nesse sentido. Assim, se cada Estado contratante interpreta o acordo de modo unilateral, seja ampliando ou restringindo o escopo dos dispositivos de repartição de receitas tributárias, impactando assim a competência tributária da outra parte, configura-se

⁵⁴ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 169-170.

uma situação conhecida como *treaty override*, que caracteriza uma violação ao princípio da boa-fé.

Assim, pode-se dizer que a interpretação dos acordos de bitributação deve se orientar pelas práticas e critérios comuns adotados pela comunidade internacional para fins de aplicação das normas internacionais de repartição de competências tributárias⁵⁵. De modo mais preciso, é ainda possível sustentar que a interpretação dos acordos de bitributação por um dos Estados contratantes deve ter em conta a interpretação conferida pelo outro Estado ao mesmo dispositivo, termo ou expressão sob análise⁵⁶, mesmo nos casos em que se realiza o procedimento de reenvio ao direito interno previsto no § 2º do art. 3º da Convenção Modelo da OCDE⁵⁷. Ou seja, não há que se cogitar de eventual competência hermenêutica exclusiva de um só Estado contratante.

De fato, é defensável a adoção de tal postura hermenêutica na medida em que a ausência de harmonia decisória ou coordenação de política fiscal entre os Estados contratantes pode resultar na dupla tributação ou na perda de receita tributária em decorrência da prática de *tax arbitrage*⁵⁸.

6.4 Os Comentários da OCDE à Convenção Modelo

É importante analisarmos o papel que os comentários da OCDE à Convenção Modelo⁵⁹ podem desempenhar no processo de interpretação dos acordos de bitributação.

Os comentários da OCDE não têm força vinculante (*soft law*), pois não constituem acordo multilateral firmado entre diversos países, sejam eles integrantes ou não da organização. A

⁵⁵ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171-172.

⁵⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. Os Instrumentos Financeiros Híbridos e a Arbitragem Fiscal Internacional: As Considerações de Política Fiscal na Ação 2 do Projeto BEPS. In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 379.

⁵⁷ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-168.

⁵⁸ SANTOS, Ramon Tomazela. Os Instrumentos Financeiros Híbridos e a Arbitragem Fiscal Internacional: As Considerações de Política Fiscal na Ação 2 do Projeto BEPS. In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 373-377.

⁵⁹ Os comentários da OCDE à Convenção Modelo foram elaborados, pela primeira vez, em 1963, ocasião na qual foi divulgada a *Model Tax Convention*. Desde então, a Convenção Modelo tem sido objeto de várias revisões periódicas, dado o seu caráter evolutivo. A maioria do texto dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil foram baseados na Convenção Modelo da OCDE, donde se extrai a importância do seu estudo. (XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 71 e 72)

sua natureza é apenas consensual e se caracterizam por servir de referência interpretativa em relação aos dispositivos da Convenção Modelo⁶⁰.

Diz-se que os comentários têm natureza consensual porque são elaborados a partir de um consenso formado entre os especialistas integrantes do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE acerca do significado e escopo dos dispositivos da Convenção Modelo. Esses especialistas são indicados pelos países-membros da OCDE para compor o referido comitê⁶¹.

Em que pese não serem dotados de força vinculante, os Comentários da OCDE têm sido levados em consideração pelos tribunais de países-membros da organização, servindo de fundamento para decisões envolvendo a interpretação dos acordos celebrados com base no texto da Convenção Modelo⁶².

Verifica-se, também, a existência de posicionamento defendendo a possibilidade de consideração dos comentários da OCDE como contexto (*context*), previsto no § 2º do art. 3º da Convenção Modelo, para fins de integração do texto normativo dos acordos de bitributação⁶³.

No entanto, esse posicionamento é criticado tendo-se em consideração o disposto no já citado art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Argumenta-se, nesse sentido, que os comentários da OCDE não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas na Convenção de Viena para fins de caracterização do contexto. Ou seja, os comentários não são acordos celebrados pelas partes, não constituem prática hermenêutica ou de aplicação dos tratados e não podem ser considerados regras de direito internacional⁶⁴.

⁶⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 68, 136.

⁶¹ Em que pese não ser um país membro da OCDE, o Brasil, assim como demais países não membros, participa das revisões periódicas da Convenção Modelo, apresentando seus entendimentos e ressalvas em relação ao texto da convenção (*Non-OECD Economies' Positions On The OECD Model Tax Convention*) (OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019, p. I-11, P-3).

⁶² OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019, p. I-12.

⁶³ OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsia. In: TÓRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 411-416.

⁶⁴ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155-158.

A crítica é pertinente e tem sua razão de ser se levarmos em conta que o contexto (*context*) previsto no § 2º do art. 3º da Convenção Modelo da OCDE deve se subsumir à regra de interpretação geral dos tratados (art. 31 da Convenção de Viena), que relaciona os elementos que podem ser considerados como contexto para fins de integração dos tratados internacionais.

Não obstante, identificamos entendimento considerando os comentários da OCDE como significado comum dos termos e expressões previstos nos acordos de bitributação, ou seja, como linguagem comum internacional⁶⁵. Assim sendo, os comentários poderiam ser utilizados como instrumento de interpretação dos acordos, pois estariam em conformidade com a regra geral do art. 31 da Convenção de Viena, a qual estabelece que os termos e expressões devem ser interpretados no seu sentido comum.

Por fim, pode-se argumentar no sentido de se atribuir uma força vinculante aos comentários da OCDE desde que o Estado contratante seja um país-membro da organização. A razão para tanto seria o fato de que os comentários serem elaborados por especialistas do Conselho de Assuntos Fiscais da OCDE, os quais, por sua vez, são indicados pelos países-membros da organização para integrarem o referido órgão. Entretanto, em se tratando de países não-membros da OCDE, os comentários não haveriam de conter qualquer força vinculante para fins de interpretação dos acordos de bitributação⁶⁶.

Em entendimento contrário, argumenta-se que países não-membros da organização – dentre os quais se inclui o Brasil – também participam das reuniões do referido Comitê de Assuntos Fiscais, tendo a oportunidade de manifestarem suas ressalvas em relação ao texto e aos comentários da Convenção Modelo da OCDE. De fato, conforme consta no *Model Tax Convention on Income and on Capital*⁶⁷, publicado pela organização:

⁶⁵ OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsia. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁶⁶ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 160-161.

⁶⁷ Países que participaram e apresentaram seus entendimentos acerca do texto normativo e comentários à Convenção Modelo: Albânia; Argentina; Armênia; Azerbaijão; Bielorrússia; Brasil; Bulgária; Colômbia; Costa Rica; Croácia; República Democrática do Congo; Gabão; Geórgia; Hong Kong; Índia; Indonésia; Costa do Marfim; Cazaquistão; Lituânia; Malásia; Marrocos; República Popular da China; Filipinas; Romênia; Rússia; Sérvia; Singapur; África do Sul; Tailândia; Tunísia; Ucrânia; Emirados Árabes Unidos; Vietnã (OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019, p. P-3).

(...) the Committee on Fiscal Affairs decided, in 1996, to organise annual meetings that would allow experts of member countries and some non-OECD economies to discuss issues related to the negotiation, application and interpretation of tax conventions. Recognising that non-OECD economies could only be expected to associate themselves to the development of the Model Tax Convention if they could retain their freedom to disagree with its contents, the Committee also decided that these economies should, like member countries, have the possibility to identify the areas where they are unable to agree with the text of an Article or with an interpretation given in the Commentary.

Dessa forma, dado o caráter consensual dos comentários, seria possível dizer que os mesmos deveriam ser considerados como contexto para fins de interpretação dos acordos de bitributação. Os comentários poderiam ser considerados como prática ulterior adotada pelos Estados, nos termos do já citado art. 31, § 3º, “b”, da Convenção de Viena, na medida em que revela a posição adotada pelos países-membros e não-membros do OCDE acerca do significado e alcance das regras de tributação internacional consignadas na Convenção Modelo.

Aqueles que atribuem relevância aos comentários da OCDE, considerando-os como contexto, o fazem com fundamento no princípio da concordância das decisões⁶⁸. Nesse sentido, a utilização dos comentários para fins de integração do texto normativo dos acordos de bitributação seria um meio de se concretizar um dos objetivos visados pelos Estados por ocasião da celebração de tratados em matéria fiscal, qual seja, a harmonização da tributação internacional por eles praticada.

⁶⁸ OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsia. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 414.

7. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO JUROS (ART. 11 DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE)

Em relação aos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil cujo texto normativo não prevê a expressa classificação dos rendimentos de JCP como juros, há posicionamento no sentido de que, ainda assim, tais valores deveriam ser qualificados no escopo do art. 11 da Convenção Modelo da OCDE levando-se em consideração a existência da cláusula de reenvio específico ao direito interno do Estado da fonte⁶⁹.

Para os defensores dessa tese, a cláusula de reenvio específico não possuiria natureza subsidiária, mas exerceria a função de dar abrangência ao conceito de juros consignado no art. 11 dos acordos. Esse alargamento do conceito de juros seria considerado como parte integrante ou aspecto essencial da regra em comento. Nesse sentido, o reenvio ao direito interno possuiria natureza jurídica de lei especial, se sobrepondo às demais regras do acordo de bitributação⁷⁰.

Se a cláusula de reenvio ao direito interno possui natureza de lei especial, a qualificação de determinado rendimento como dividendos ou juros estaria condicionada ao tratamento tributário conferido pelo Estado da fonte em sua legislação doméstica. Assim, a qualificação do JCP como juros, nos acordos de bitributação, teria sua razão de ser em função exclusivamente do tratamento tributário doméstico conferido pelo Brasil a esse tipo de rendimento.

Em sentido oposto a tais argumentos, diz-se que a hierarquia entre os dispositivos normativos dos acordos de bitributação já é definida pelo próprio instrumento convencional. Assim, não caberia ao intérprete estabelecer relações de generalidade e especialidade entre tais dispositivos⁷¹. Conforme consta texto normativo do § 4º do art. 7º da Convenção Modelo da

⁶⁹ São os acordos celebrados pelo Estado brasileiro com os seguintes países: Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Coreia do Sul; Dinamarca; Equador; Eslováquia; Espanha; Filipinas; França; Hungria; Índia; Itália; Japão; Luxemburgo; Noruega; Países Baixos; República Tcheca; Suécia.

⁷⁰ CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 116-118. (Volume 2).

⁷¹ SANTOS, Ramon Tomazela. **Os instrumentos híbridos à luz dos acordos de bitributação: Implicações Fiscais para Além do Projeto BEPS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 402.

OCDE⁷², esse artigo, por exemplo, constitui regra geral em relação às demais, de modo que um rendimento será nele qualificado, como lucro em geral (*business profits*), apenas em caráter residual, caso não seja possível a subsunção aos demais tipos cujos conceitos foram especificados nos outros dispositivos.

Especialmente quanto aos arts. 10 (dividendos) e 11 (juros) da Convenção Modelo, não haveria que se cogitar de uma relação de especialidade entre eles, porquanto os conceitos que cada qual traz em relação ao tipo de remuneração passível de qualificação no seu escopo já seriam suficientes para o intérprete proceder à sua tarefa.

Ademais, não seria concebível atribuir prevalência à cláusula de reenvio específico à legislação interna do Estado da fonte, prevista no art. 11 da Convenção Modelo, sob pena de se permitir que uma alteração ou previsão normativa na lei doméstica leve à modificação unilateral do tratado por meio do alargamento do conceito de juros (*interest*), ocasionando uma situação denominada como *treaty override*⁷³.

Entretanto, ainda em sentido contrário, sustenta-se que a qualificação do JCP como dividendos tornaria sem eficácia a previsão de reenvio ao direito interno do Estado da fonte, na medida em que apenas os rendimentos cuja natureza fosse própria de juros seriam enquadrados no escopo do art. 11 dos acordos⁷⁴.

Trata-se, na verdade, de um argumento que busca justificar o caráter de lei especial a ser atribuído à cláusula de reenvio ao direito interno. Todavia, ainda que se tenha as normas constantes dos arts. 10 e 11 da Convenção Modelo em condições de igualdade, ou seja, sem relação de hierarquia entre elas, levando necessariamente à qualificação do JCP como

⁷² Assim dispõe o referido dispositivo: “Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.” Conforme consta nos comentários da OCDE ao § 4º do art. 7º da Convenção Modelo: “The question, however, could arise with respect to other types of income and it has therefore been decided to include a rule of interpretation that ensures that Articles applicable to specific categories of income will have priority over Article 7.” (OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019, p. C(7)-28)

⁷³ ZILVETI, Fernando AURELIO; TORO, Carlos Eduardo Costa M. A.; BRITTO, Bianca Maia de. Interpretação de Tratados Internacionais. In.: SANTI, Eurico Marcos de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Tributação Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 148-149.

⁷⁴ CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 117. (Volume 2).

dividendos, não se pode argumentar que a cláusula de reenvio específico à legislação interna do Estado da fonte perderia sua razão de ser.

Em linha com o mencionado há pouco, deve-se ter claro que o reenvio específico não pode ser utilizado como mecanismo de alteração unilateral dos acordos de bitributação, pois, na verdade, a função desempenhada pela referida cláusula é outra. O reenvio ao direito interno proporciona uma integração do texto normativo do art. 11 para abarcar aqueles rendimentos que não seriam passíveis de classificação em quaisquer outros dispositivos especiais do acordo de bitributação.

Valendo-se de um exemplo salutar, Ramon Tomazela Santos⁷⁵ toma por consideração a qualificação dos pagamentos realizados por um residente no Canadá em contraprestação a uma garantia dada por uma instituição financeira residente na Alemanha. Como esse pagamento, que constitui um *guarantee fee*, haveria de ser qualificado perante a Convenção Modelo da OCDE, considerando que a legislação interna do Canadá o equipara aos rendimentos auferidos a título de juros (*interest*)?

Primeiramente, deve-se verificar se o acordo possui uma regra específica para tratar dos rendimentos de *guarantee fee*. Como o acordo firmado entre o Canadá e a Alemanha não contém uma regra especial dispendo nesse sentido, proceder-se-ia então à qualificação do rendimento em uma das regras gerais, quais sejam, a dos arts. 7º (*business profits*) ou 21 (*other income*), que são aplicadas após a tentativa frustrada de subsunção do pagamento a uma das demais regras do acordo. Todavia, se o acordo contar com uma cláusula de reenvio específico no art. 11, que cuida dos juros (*interest*), essa cláusula terá prioridade sobre as regras gerais do acordo (arts. 7º e 21). Assim, o intérprete será remetido à legislação interna do Canadá, donde resultará a qualificação do *guarantee fee* como juros (*interest*), no escopo do art. 11 da convenção.

Daí a razão de ser da cláusula de reenvio específico, qual seja, permitir que determinado rendimento seja qualificado como juros no escopo do art. 11 e, assim, ser tributado pelo Estado da fonte, de modo a evitar a tributação exclusiva pelo Estado de residência do beneficiário do pagamento, que ocorreria caso fossem aplicados os arts. 7º e 21 do acordo.

⁷⁵ SANTOS, Ramon Tomazela. **Os instrumentos híbridos à luz dos acordos de bitributação: Implicações Fiscais para Além do Projeto BEPS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 407-411.

Verifica-se, portanto, que a cláusula de reenvio só foi aplicada, no caso, em razão da impossibilidade de qualificação autônoma do pagamento em um dos artigos do acordo que tratam de rendimentos específicos. Esta é, precisamente, a função da cláusula de reenvio ao direito interno: preservar a competência tributária do Estado da fonte, sem se valer disso como oportunidade de modificação unilateral do acordo de bitributação (*treaty override*).

Por fim, defende-se ainda que a cláusula de reenvio ao direito interno, ao proporcionar a ampliação do conceito de juros, evita que determinados rendimentos recebam uma qualificação perante a lei interna do Estado da fonte e, ao mesmo tempo, sejam considerados de modo diferente perante os acordos de bitributação⁷⁶. Nesse sentido, a abrangência do conceito de juros, instrumentalizada pelo reenvio ao direito interno, consistiria num mecanismo por meio do qual se concretizaria o princípio da igualdade na interpretação dos acordos internacionais.

Esse argumento, com a devida vênia, não se sustenta. Adota-se o entendimento de que interpretação dos acordos de bitributação se dá de forma autônoma, independentemente do modo como os Estados contratantes qualificam determinado rendimento perante suas leis internas. Assim, uma remuneração pode ser qualificado, a bem dizer, como juros no âmbito do direito interno do Estado da fonte e, concomitantemente, como dividendos por ocasião da aplicação do acordo de bitributação.

Tal situação não implica numa violação ao princípio da igualdade, desde que existam motivos substanciais para essa diferença de classificação, mormente o cumprimento dos tratados internacionais e a observância da boa-fé na interpretação de suas disposições. Ademais, não se pode deixar de dizer que em caso de conflito entre normas veiculadas em tratados internacionais e normas de direito interno, via de regra deve prevalecer as disposições dos tratados, conforme se depreende do disposto no art. 98 do CTN, da prática que vem sendo consolidada pela jurisprudência pátria⁷⁷ e também dos termos consignados no art. 27 da já

⁷⁶ CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015, p. 117. (Volume 2).

⁷⁷ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 107; ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

mencionada Convenção de Viena, que não permite aos Estados contratantes invocarem disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

8. A QUALIFICAÇÃO DO JCP COMO DIVIDENDOS (ART. 10 DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE)

Em atenção aos aspectos jurídicos intrínsecos à relação societária subjacente à remuneração dos juros sobre o capital próprio, sustenta-se que os valores pagos a residentes ou domiciliados no exterior a esse título deveriam ser qualificados no escopo do art. 10 da Convenção Modelo da OCDE.

O argumento fundamental dessa tomada de posição é que o enquadramento de uma determinada remuneração em umas das regras dos acordos de bitributação deve resultar de uma análise do negócio jurídico que ensejou o respectivo pagamento, em conformidade com os comentários da OCDE aos arts. 10 e 11 da Convenção Modelo, já analisados no item 4.3 deste trabalho. Em outras palavras, pode-se dizer que a substância econômica do JCP há de prevalecer sobre a forma jurídica da qual o instrumento se reveste.

Em âmbito internacional, a questão da qualificação do JCP como juros ou dividendos nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil foi objeto de análise pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha (*Bundesfinanzhof*)⁷⁸. Os fatos que ensejaram a controvérsia ocorreram na vigência do acordo de bitributação Brasil-Alemanha (Decreto nº 76.988/1976), o qual foi denunciado pelo Estado alemão em 07 de abril de 2005 (Ato Declaratório Executivo SRF nº 72, de 22 de dezembro de 2005).

O caso versava sobre o pagamento de JCP realizado pela sociedade anônima brasileira *F-Br. S.A.* à sociedade anônima suíça *F-CH AG*, a qual, por sua vez, efetuou a remessa da quantia paga à sociedade limitada alemã *F-GmbH*, que detinha o controle integral da sociedade suíça. Na prática, os acontecimentos podem ser relatados da seguinte forma: (1º) em 30/11/1998, a assembleia geral da *F-Br. S.A.* deliberou pelo pagamento de JCP, imputando-os à remuneração de dividendos prevista no Estatuto Social; (2º) o pagamento à *F-CH AG* foi efetivado em três parcelas, sendo a primeira em 28/12/1998, a segunda em 06/01/1999 e a terceira em 30/06/1999; (3º) em 30/09/1999, a *F-CH AG* deliberou a distribuição de

⁷⁸ CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015, p. 93-100. (Volume 2).

dividendos aos seus respectivos sócios; (4º) em 25/11/1999, os dividendos foram efetivamente pagos à *F-GmbH*.

À época do pagamento dos dividendos, a legislação da Alemanha autorizava que a remuneração auferida fosse tratada como distribuição direta de dividendos, ou seja, como se a sociedade brasileira tivesse realizado o pagamento dos dividendos diretamente à sociedade alemã. Tratava-se da denominada *ficção da distribuição direta de dividendos*, prevista no § 26 Abs. 5S. 2KStG. Sendo assim, a sociedade *F-GmbH* declarou que havia recebido dividendos diretamente da sociedade brasileira, valendo-se, pois, dessa referida norma.

A razão para tanto era que o art. 24, § 1º, “c”, do acordo de bitributação Brasil-Alemanha previa a isenção do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos por residente alemão a título de dividendos, nos seguintes termos:

1. No caso de um residente da República Federal da Alemanha, serão excluídos da base de cálculo sobre a qual incide o imposto alemão os seguintes rendimentos:

(...)

c) dividendos mencionados no artigo 10, pagos a uma empresa residente da República Federal da Alemanha por uma empresa residente do Brasil se, no mínimo, 25% do capital da empresa brasileira pertencer diretamente à empresa alemã;

Dessa forma, para se valer da isenção prevista no acordo de bitributação, a sociedade alemã se utilizou da mencionada ficção da distribuição direta, declarando o pagamento dos juros sobre capital próprio como remuneração auferida a título de dividendos. Todavia, as autoridades fiscais da Alemanha autuaram a sociedade *F-GmbH*, alegando que a quantia paga pela sociedade brasileira possuía natureza de juros, de modo que não se aplicava a norma prevista no § 26 Abs. 5S. 2KStG, e tampouco a isenção prevista no art. 24, § 1º, “c”, do acordo de bitributação.

Inconformada, a sociedade alemã recorreu à esfera judicial, tendo sido julgado procedente o seu pedido pelo Tribunal Financeiro de Nurembergue (*Finanzgericht Nürnberg*), em 14/12/2010, com o consequente entendimento de que o pagamento dos juros sobre capital próprio possuía natureza de distribuição de dividendos. Entretanto, as autoridades fiscais alemãs recorreram e o caso foi julgado, em 06/06/2012, pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha (*Bundesfinanzhof*), o qual manteve o entendimento firmado pelo tribunal *a quo*.

Os fundamentos adotados pelo *Bundesfinanzhof* pautaram-se no fato de o pagamento do JCP ter como pressuposto uma participação do sócio no capital da pessoa jurídica. Dessa forma, constatou-se que a remuneração auferida pelos sócios não se consubstancia num direito de crédito (*debt-claim*) que eventualmente pudesse ser exercida contra a sociedade. Assim, concluiu-se em qualificar os pagamentos de JCP como dividendos, no escopo do art. 10 do acordo de bitributação então vigente entre Brasil e Alemanha.

Também é de se notar que o acórdão proferido pela corte consignou que a qualificação dada ao pagamento pelo Estado da fonte não implica em uma correspondência necessária à qual o Estado de residência deveria se ater, posto que os acordos de bitributação não preveem regra nesse sentido.

Na ocasião, o pagamento do JCP qualificado como dividendo não representou em prejuízo ao contribuinte (*F-GmbH*), pois os dividendos eram contemplados com isenção no Estado de residência do beneficiário (art. 24, § 1º, “c”, do acordo de bitributação Brasil-Alemanha), da mesma forma como previsto na maioria dos acordos celebrados pelo Brasil e vigentes no presente momento. Caso o pagamento tivesse sido qualificado como juros (*interest*), sobre o valor auferido pela *F-GmbH* incidiria o imposto de renda alemão, embora o contribuinte pudesse se valer de *matching credit* de 20%, conforme previa o art. 24, §§ 2º e 3º, “b”, do acordo Brasil-Alemanha. Sob a perspectiva do Fisco brasileiro, a qualificação da remuneração não faria diferença em termos de arrecadação, pois a alíquota do IRRF tanto para os dividendos como para os juros (*interest*) é de 15%.

Na Espanha⁷⁹, a questão também foi decidida pelo Tribunal Audiência Nacional, no Recurso nº 232/2011, em acórdão proferido em 27/02/2014. Da mesma forma e pelos mesmos fundamentos que decidiu o *Bundesfinanzhof*, as autoridades espanholas entenderam que o pagamento de JCP caracteriza-se como uma remuneração oriunda de uma participação do sócio no capital social da empresa, não importando a previsibilidade de dedução da quantia paga, como se despesa financeira fosse, na base de cálculo do IRPJ da sociedade pagadora.

⁷⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (2016). In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 413-414.

O JCP, no entendimento da corte espanhola, se diferencia de um empréstimo na medida em que o seu pagamento está condicionado à deliberação da assembleia geral e à apuração de lucros na sociedade. Uma dívida, por seu turno, constitui uma obrigação inescusável do mutuário para com o credor, que tem o direito de exercer o seu direito unilateralmente contra o devedor (*debt-claim*).

Dessa forma, conforme constatado nos casos envolvendo a Alemanha e a Espanha, a ausência de simetria na qualificação do JCP pode fazer com que o pagamento realizado por uma sociedade brasileira a um residente em outro Estado contratante seja qualificado no escopo do art. 10 dos acordos de bitributação, como dividendos. Assim, o valor pago pela sociedade brasileira, na medida em que caracterizado como juros pelo Fisco brasileiro, será deduzido da base de cálculo do IRPJ/CSLL e tributado em 15% a título de IRRF, ao passo que, no Estado de residência do beneficiário do pagamento, a remuneração, conquanto lhe seja atribuída a natureza de dividendos, será isenta de tributação⁸⁰.

Entretanto, precisamente por conta dessa situação, o JCP haveria de ser classificado, no âmbito da OCDE, como um instrumento financeiro híbrido (*hybrid financial instrument*) e, mais especificamente, como *payment that give rise to a deduction / no inclusion outcome (D/NI outcome)*. Para fins de delimitação conceitual, os instrumentos financeiros híbridos são aqueles cuja definição de sua natureza, para fins de subsunção a uma determinada norma de incidência tributária, é essencialmente conflituosa, resultando numa incompatibilidade ou diferença (*mismatch*) de tratamento fiscal entre jurisdições distintas⁸¹.

Essa assimetria é objeto do Plano de Ação nº 2 do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* que a OCDE vem desenvolvendo com o objetivo de combater a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros ao exterior, praticadas por meio de transações internacionais. Assim, no bojo do Plano de Ação nº 2 – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* – a OCDE apresenta algumas regras que os Estados podem implementar, em nível doméstico ou no âmbito dos acordos de bitributação, para neutralizar os efeitos da utilização de instrumentos financeiros híbridos em operações transfronteiriças.

⁸⁰ A maioria dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil preveem isenção, no Estado de residência do beneficiário, para os pagamentos de dividendos oriundos de fonte brasileira. Dentre estes, aqueles que não contam com previsão expressa de qualificação do JCP como juros: Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Equador, Espanha, França, Índia, Itália, Luxemburgo, República Tcheca e Finlândia.

⁸¹ OECD. **Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 17-18.

Conquanto não constitua objeto deste trabalho adentrar na análise pormenorizada do Plano de Ação nº 2 e tampouco nas recomendações da OCDE concernentes às variadas possibilidades de utilização de instrumentos financeiros híbridos, importa dizer que em relação ao JCP aquilo que as recomendações visam a evitar seria precisamente o fato do seu pagamento representar, sob a jurisdição brasileira, uma despesa dedutível no nível da pessoa jurídica pagadora e, ao mesmo tempo, um rendimento passível de caracterização como dividendo isento de tributação na perspectiva do Estado de residência do seu beneficiário (*D/NI outcome*)⁸².

Dessa forma, almejando neutralizar os efeitos dessa ausência de tributação⁸³, a OCDE recomenda que o Estado da fonte implemente a denominada *primary rule* ou o Estado de residência do beneficiário adote a *defensive rule*, nos seguintes termos:

The recommended primary rule is that countries deny the taxpayer's deduction for a payment to the extent that it is not included in the taxable income of the recipient in the counterparty jurisdiction or it is also deductible in the counterparty jurisdiction. If the primary rule is not applied, then the counterparty jurisdiction can generally apply a defensive rule, requiring the deductible payment to be included in income or denying the duplicate deduction depending on the nature of the mismatch.

Da leitura desse dispositivo, chega-se ao entendimento de que o Estado brasileiro haveria de adotar a *primary rule* por ocasião das remessas de JCP efetuadas a beneficiário residente em outro Estado que concedesse isenção sobre a quantia recebida. Procedendo-se assim, o Brasil haveria de impossibilitar a dedução da despesa de JCP na base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Caso o Estado da fonte não implementasse a *primary rule*, o Estado de residência da sociedade beneficiária do JCP poderia adotar a *defensive rule*, não concedendo a isenção tributária sobre a quantia recebida e, dessa forma, fazendo incidir o imposto de renda sobre o valor auferido, mas permitindo o crédito relativo (*tax credit, matching credit ou tax sparing*)

⁸² Conforme consta no relatório *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, “the focus of this report is on aligning the treatment of cross-border payments under a financial instrument so that amounts that are treated as a financing expense by the issuer’s jurisdiction are treated as ordinary income in the holder’s jurisdiction”. (OECD. **Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 18)

⁸³ SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (2016). In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 404.

ao IRRF pago ao Fisco brasileiro por ocasião da remessa, desde que previsto no acordo de bitributação ou em sua legislação doméstica.

Ante à possibilidade do Estado brasileiro adotar a *primary rule*, fazendo constar em sua legislação interna que, por ocasião das remessas de JCP a beneficiário cujo país de residência conceda isenção à remuneração assim auferida e qualificada como dividendos, a quantia não seria deduzida da base de cálculo do IRPJ e CSLL, pode-se cogitar de violação ao princípio da isonomia consignado no art. 150, II, da CF⁸⁴ e ao princípio da não discriminação previsto no art. 24, § 4º, dos tratados cujos textos normativos tenham sido elaborados com base na Convenção Modelo da OCDE.

O princípio da não discriminação encontra-se consignado no art. 24, § 4º, da Convenção Modelo da OCDE nos seguintes termos:

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

Da leitura do dispositivo, constata-se que os pagamentos efetuados a beneficiário residente em outro Estado contratante devem ser beneficiados com a possibilidade de dedução da mesma forma que seriam caso tivessem sido efetuados no âmbito interno do Estado da fonte, sob pena de discriminação.

É certo que o argumento de violação ao princípio da não discriminação dependeria da subsunção dos pagamentos de JCP à expressão *other disbursements*, constante do texto do art. 24, § 4º, da Convenção Modelo da OCDE, na medida em que tais pagamentos fossem qualificados como dividendos no âmbito dos acordos de bitributação. Diga-se, a propósito, que os comentários da OCDE nada dispõem acerca do escopo da expressão *other*

⁸⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

disbursements, embora haja entendimentos no sentido de se atribuir um significado amplo a essa expressão, de modo a abarcar pagamentos relacionados a operações comerciais e financeiras⁸⁵.

Entretanto, a não implementação da *primary rule* pelo Estado brasileiro abre a possibilidade para que o Estado de residência do beneficiário do JCP adote a *defensive rule*, pois conforme consta no relatório *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*⁸⁶, “*where one country chooses not to apply the rules to neutralise a hybrid mismatch in respect of a particular hybrid regulatory capital instrument, this does not affect another country’s policy choice of whether to apply the rules in respect of the particular instrument.*”

A respeito do assunto, identificamos Estados que passaram a adotar regras voltadas à neutralização dos efeitos fiscais oriundos de pagamentos realizados por intermédio de instrumentos financeiros híbridos: Alemanha, Áustria, Dinamarca, Espanha, Itália, Reino Unido e o *European Union’s Economic and Financial Affairs Council*⁸⁷.

É oportuno dizer, por exemplo, que a Espanha passou a adotar desde 2014, em sua legislação interna, a *defensive rule*. De acordo com o art. 21 a Lei espanhola nº 27/2014, de 27 de novembro, *Del Impuesto Sobre Sociedades*, a isenção de dividendos se submete ao seguinte regramento:

Artículo 21. Exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español. (...)

No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Verifica-se, pois, tal como recomendado pela OCDE no Plano de Ação nº 2 do BEPS, que a isenção de dividendos auferidos por residentes do Estado espanhol não terá cabimento nas hipóteses em que o Estado da fonte de onde se originou o respectivo pagamento considerar,

⁸⁵ SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (2016). In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 426.

⁸⁶ OECD. **Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 11.

⁸⁷ SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (2016). In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 409.

para fins de dedução na base de cálculo da sociedade pagadora, o valor remetido a beneficiário sob jurisdição fiscal da Espanha.

Os Estados Unidos, por sua vez, após a edição do denominado *Tax Cuts and Jobs Act*, em dezembro de 2017, passou a restringir as hipóteses de dedução de pagamentos internacionais auferidos por empresas residentes nos EUA, quando a quantia tenha sido considerada como dedutível na base de cálculo do imposto de renda da subsidiária americana localizada em outro Estado. Especificamente quanto aos instrumentos financeiros híbridos, os pagamentos remetidos à matriz americana, conquanto sejam considerados despesas dedutíveis no nível da entidade pagadora (e.g.: juros) e passíveis de caracterização como dividendos perante a legislação fiscal dos EUA, não serão beneficiados com a isenção tipicamente conferida aos dividendos oriundos de Estado estrangeiro. Esse é precisamente o tratamento conferido ao JCP pelo Fisco americano⁸⁸.

Também a Holanda, em 15/09/2015, alterou sua legislação interna para fazer incluir referida *defensive rule*, seguindo a modificação perpetrada pelo *European Union's Economic and Financial Affairs Council* no art. 4.1, “a”, da *European Union Parent-Subsidiary Directive*, que autoriza os Estados-membros da União Europeia a tributarem os resultados auferidos por uma empresa matriz residente neste Estado, conquanto tenham sido distribuídos por uma filial ou subsidiária e o respectivo valor fora considerado para fins de dedução da base de cálculo do imposto de renda desta filial ou subsidiária⁸⁹.

No caso da Holanda, a adoção da *defensive rule* não se limita apenas aos países da União Europeia. Desse modo, o JCP distribuído por filiais brasileiras de empresas holandesas não mais será beneficiado com a isenção tributária anteriormente concedida pela Holanda. Sendo assim, a qualificação do JCP no acordo celebrado entre Brasil e os Países Baixos passa a ter relevância, pois eventual caracterização do pagamento como (i) dividendo pode atenuar os efeitos da *defensive rule* neste caso, posto que o acordo prevê um *matching credit* de 20% para os dividendos oriundos do Estado brasileiro e o imposto de renda holandês incide sobre a

⁸⁸ MAYDEW, Jeff; MARQUES, Juliana; ASSIS, Juliana Porchat de; TENENBOYM, Michael. Brazilian Interest on Equity After U.S. Tax Reform. **Tax Management International Journal**, v. 47, n. 11, p. 717, 2018.

⁸⁹ DANTAS, Juliana; VERBOOM, Henny; LÜTTER, Cedrik B.; DIEDEREN, Wouter. Dutch tax treatment of Brazilian ‘interest on equity’ payments as of 2016. **Lexology**. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Y776qk>. Acesso em: 12 nov. 2019; SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (2016). In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 409.

pessoa jurídica (*Corporate Income Tax*) à alíquota de 25%, ao passo que a classificação como (ii) juros, ainda que contemplada com um *matching credit* de 20%, faz com que a remuneração seja ainda submetida a um diferencial de alíquota de 10%, pois a tributação holandesa sobre os juros incide à alíquota de 30%⁹⁰.

Importante ressaltar que, no âmbito da OCDE, a média das alíquotas do imposto de renda incidente sobre as empresas (*Corporate Income Tax*) nos países-membros é de 24,8%, ao passo que a média das alíquotas incidentes sobre os juros (*Corporate Bond Interest Income Tax*) é de 28,2%⁹¹. Verifica-se, portanto, que a qualificação do JCP como dividendos é mais vantajosa ao contribuinte beneficiário da remuneração, seja na ausência das regras de neutralização preconizadas pelo Plano de Ação nº 2 do BEPS, posto que neste caso os dividendos seriam isentos, seja em face das mencionadas *defensive rules*.

Contudo, é preciso ter em conta também que a adoção da *defensive rule* pelos Estados de residência dos beneficiários do JCP poderia implicar na violação unilateral ao próprio acordo de bitributação, desde que a isenção concedida às remunerações auferidas a título de dividendos esteja prevista no próprio texto do acordo e não esteja condicionada aos requisitos da legislação interna do Estado de residência⁹². Veja, a propósito, o art. 22, § 4º, do acordo celebrado entre o Brasil e o Canadá (Decreto nº 92.318/1986):

4. Os dividendos recebidos por uma sociedade residente do Canadá de uma sociedade residente do Brasil serão isentos do imposto no Canadá se a sociedade que receber os dividendos detiver uma participação de pelo menos 10 por cento na sociedade pagadora dos dividendos e se os lucros que deram origem aos dividendos forem provenientes do exercício de uma atividade empresarial no Brasil ou em um país com o qual o Canadá tenha concluído uma convenção de dupla tributação; para os fins da presente disposição, qualquer rendimento proveniente de fonte situada em um país que não o Canadá e que seja pertinente ou relacionado com o exercício de uma atividade empresarial em outro país que não o Canadá, será considerado como lucro proveniente do exercício de uma atividade empresarial.

⁹⁰ HARDING, MICHELLE.; MARTEN, MELANIE. Statutory tax rates on dividends, interest and capital gains: The debt equity bias at the personal level. **OECD Taxation Working Papers, No. 34**. Paris: OECD Publishing, 2018, p. 9-10, 16-17.

⁹¹ HARDING, MICHELLE.; MARTEN, MELANIE. Statutory tax rates on dividends, interest and capital gains: The debt equity bias at the personal level. **OECD Taxation Working Papers, No. 34**. Paris: OECD Publishing, 2018, p. 9-10, 16-17.

⁹² É caso dos acordos celebrados com os seguintes países: Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Equador, Finlândia, França, Índia, Itália, Luxemburgo, República Tcheca, República Eslovaca e Suécia.

Da leitura do artigo, resta claro que a isenção em nenhum momento é condicionada ao cumprimento de requisitos previstos na legislação interna do Estado de residência do beneficiário, mas tão somente à observância dos critérios estabelecidos no próprio texto convencional.

No entanto, a esse argumento pode-se contrapor o entendimento de que a adoção de regras que visam a neutralizar os efeitos decorrentes da utilização de instrumentos financeiros híbridos, a exemplo do JCP, se aplicariam aos acordos de bitributação em vigor, porquanto (i) vão de encontro aos objetivos visados pelos Estados no momento em que celebram os tratados, qual seja, de se evitar a dupla não-tributação ou ausência de tributação, e (ii) fazem parte do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* forjado pela própria OCDE, que constitui um empreendimento suportado pelos próprios países integrantes da organização e, entre outros fins, se presta à harmonização das práticas de tributação em nível internacional.

Nesse sentido, poderia se sustentar que a utilização das referidas regras de neutralização iriam de encontro aos princípios gerais de interpretação dos tratados, conforme mencionado anteriormente por ocasião do estudo do art. 31 da Convenção de Viena.

Por outro lado, no caso dos tratados que atribuem expressamente ao JCP a natureza de juros⁹³, não haveria que se falar em aplicação das referidas regras de neutralização (*primary rule* ou *defensive rule*). Com efeito, a única segurança que as sociedades pagadoras de JCP poderiam ter em relação à dedutibilidade da remuneração na base de cálculo do IRPJ/CSLL e os seus respectivos beneficiários, quanto ao creditamento do IRRF pelo Estado de sua residência, tal como consignado nos acordos de bitributação, seria a qualificação dos pagamentos como juros (*interest*), no escopo do art. 11 da Convenção Modelo da OCDE.

De fato, nessa hipótese, não haveria margem para a aplicação da *primary rule* pelo Estado brasileiro, posto que o art. 24, § 4º, da Convenção Modelo prevê expressamente que os juros (*interest*) pagos por um empreendimento localizado num Estado contratante para um residente de outro Estado contratante devem ser dedutíveis da mesma forma que o seriam caso tivessem sido pagos a um residente do Estado da fonte. Além disso, as remunerações auferidas a título de juros (*interest*) não são contempladas com a isenção tributária no Estado de residência do

⁹³ Nos acordos celebrados pelo Brasil com os seguintes países: África do Sul, Chile, Israel, México, Paraguai, Peru, Portugal, Rússia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia, Venezuela.

beneficiário, de modo que não se pode falar em ausência de tributação ou dupla não-tributação neste caso, motivo este que afasta também a possibilidade de implementação da *defensive rule*.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos de política fiscal, nos termos da Exposição de Motivos da Lei 9.249/1995, o JCP se presta a evitar o endividamento das empresas por meio do capital de terceiros (*debt bias*), atribuindo ao capital próprio o tratamento tributário dispensado aos juros, qual seja, a dedução na base de cálculo do IRPJ e CSLL como despesa financeira. Todavia, a sua natureza híbrida decorre precipuamente do JCP representar não apenas uma dedução nocional da quantia obtida por meio da aplicação de uma taxa de juros sobre as contas de patrimônio líquido da sociedade, mas também uma forma de remuneração dos sócios. Nesse sentido, diz-se que o JCP possui feição tanto de instrumento de dívida (juros) quanto de rendimento advindo de participação no capital (dividendos).

No âmbito da Ação nº 2 do BEPS, a OCDE desconsidera a aplicação das referidas *primary rule* e *defensive rule* para pagamentos efetuados a título de juros pelas empresas, ainda que reconhecidos como despesa financeira para fins de dedução na base de cálculo do seu imposto de renda, como decorrência de mera política fiscal. Nos termos consignados no relatório *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*⁹⁴:

The definition specifically excludes, however, payments that are only deemed to be made for tax purposes and that do not involve the creation of any new economic rights between the parties. Thus, (...) the hybrid financial instrument rule does not apply to an adjustment resulting from a deemed interest charge. Such adjustments are made purely for tax purposes and do not correspond to any present or future transfer of value.

Entretanto, a característica do JCP que leva à possibilidade de aplicação das mencionadas regras de neutralização aos pagamentos realizados sob essa rubrica é justamente a possibilidade de distribuição da quantia aos sócios da empresa. Nesse âmbito, considerando-se os objetivos pretendidos com a criação do instituto, tal como consta na Exposição de Motivos da Lei 9.249/1995, poderíamos sugerir o aperfeiçoamento do instituto permitindo a sua dedução nocional como despesa financeira na base de cálculo do IRPJ e CSLL, no entanto, sem a possibilidade de distribuição da quantia aos sócios.

⁹⁴ OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 27.

Essa sugestão de aprimoramento foi inclusive objeto de recomendação pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI), conforme consta no Relatório *Tributação da Renda de Pessoas Jurídicas: O Brasil precisa se adaptar às novas regras globais*, publicado em 2018, com propostas da organização para a política fiscal brasileira no cenário pós BEPS. A respeito do JCP foi consignado⁹⁵:

A Provisão de Patrimônio Líquido (PPL ou, em inglês, ACE) é uma solução acadêmica, desenvolvida a partir de 1984, para reduzir a favorabilidade fiscal do endividamento, expediente que já se observava na contabilidade brasileira (dedutibilidade de prejuízos inflacionários). (...) O mecanismo deve operar através da exclusão fiscal de presunção de juros sobre o capital social e lucros acumulados que permanecem reinvestidos e não através de um pagamento para os sócios, que implica em descapitalização da empresa, ou através de rendimento para os sócios, que incentiva o desinvestimento. O efeito fiscal resultaria em maior capacidade de pagamento de dividendos, ou seja, sem prejuízo à remuneração dos sócios.

A PPL resultará na redução dos tributos incidentes sobre a pessoa jurídica investida, ainda que esta renúncia fiscal seja inferior à resultante do endividamento da empresa e em nada deve interferir na eventual tributação ou não de dividendos, que podem ou não ser posteriormente declarados e pagos aos acionistas. Assim, diferente do JCP, a PPL não deve tomar a forma de remuneração direta aos sócios. Se o JCP brasileiro tivesse adotado esse formato distinto, remunerando o patrimônio líquido da empresa e não os seus sócios, não haveria dúvidas sobre a sua natureza de PPL. E não haveria risco de caracterização, ainda que equivocada, do JCP como instrumento híbrido passível dos efeitos da Ação 2 do Projeto BEPS.

De fato, a recomendação da CNI vai de encontro à preservação dos objetivos de política fiscal relacionados à instituição do JCP e procura harmonizá-lo com outros institutos concebidos internacionalmente para o mesmo fim, a exemplo do *Allowance for Corporate Equity (ACE)* previsto na legislação de outros países. Diga-se de passagem, o próprio Fundo Monetário Internacional não considera o JCP como um *allowance for corporate equity*⁹⁶.

Certamente o aprimoramento do JCP consubstanciado na eliminação da possibilidade de dedução do seu valor da base de cálculo do IRPJ e da CSLL se justifica em razão do Plano de

⁹⁵ CNI. **Tributação da Renda de Pessoas Jurídicas**: o Brasil precisa se adaptar às novas regras globais. Brasília: CNI, 2018, p. 49.

⁹⁶ “The Brazilian system has the special feature of only allowing the tax deduction of notional interest when it is actually paid out to shareholders as “interest on equity”. This is thus very much like a special type of dividend, which is tax deductible, but restricted to a maximum determined by the equity stock and the notional interest rate. (...) As the Brazilian ACE variant only allows the deduction of a notional return if it is paid out to shareholders, but not if it is retained, the effects are different from those of a standard ACE system.” (p. 6, 10)

Ação nº 2 do Projeto BEPS, que visa neutralizar os efeitos de instrumentos financeiros híbridos. Todavia, há de se ter em conta que uma correta interpretação dos tratados de bitributação celebrados pelo Brasil implicaria na observância dos termos da cláusula de isenção dos dividendos, especialmente no que diz respeito aos requisitos nela estipulados para que o Estado de residência do beneficiário não exerça seu poder de tributar sobre tais rendimentos. Nesse ponto, se não foi convencionado que a isenção haveria de ser concedida mediante a observância de requisitos da lei doméstica do Estado de residência do beneficiário, não há cabimento para que as regras de neutralização dos instrumentos híbridos se apliquem à hipótese. Na verdade, conceber essa possibilidade seria permitir a modificação unilateral do acordo de bitributação, em claro confronto aos postulados de interpretação consignados no art. 31 da Convenção de Viena.

Pela mesma razão, pode-se defender que o JCP deva ser qualificado como dividendos no âmbito dos acordos celebrados com base no texto da Convenção Modelo da OCDE. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, para fins de tributação internacional não está adstrita ao tratamento fiscal conferido pelas autoridades brasileiras aos pagamentos realizado sob essa rubrica.

Na medida em que se defende que o Estado de residência deve respeitar os postulados de interpretação dos acordos em conformidade com o disposto no art. 31 da Convenção de Viena, não se pode permitir que a remuneração do JCP seja qualificada como juros, porquanto tal interpretação estaria de desacordo com os conceitos de dividendos (*dividends*) e de juros (*interest*) previstos nos arts. 10 e 11 dos tratados.

Nesse ponto, o intérprete deve se ater à substância econômica e à relação jurídica que enseja o pagamento do JCP, seguindo os comentários da OCDE aos arts. 10 e 11 da Convenção Modelo, que, diga-se de passagem, não foram objeto de ressalvas pelo Estado brasileiro, conforme mencionamos no item 4.3 deste trabalho.

Certo é que a qualificação do JCP como juros ou dividendos, sob a perspectiva do Fisco brasileiro não representa um ganho ou prejuízo em termos arrecadatórios, pois o IRRF sobre as remessas de juros ou dividendos incide à alíquota de 15%, conforme constatamos por

ocasião do estudo dos casos envolvendo o acordo Brasil-Espanha e Brasil-Alemanha, no capítulo 7. Todavia, para o contribuinte beneficiário do JCP que reside em Estado com o qual se tenha celebrado acordo de bitributação, a qualificação desse rendimento é relevante.

Se ao JCP for atribuído a natureza de dividendos, a quantia auferida pelo beneficiário será isenta de tributação na maioria dos Estados contratantes cujos acordos celebrados com o Brasil não preveem expressamente a qualificação dessa remuneração como juros, quais sejam, nos acordos celebrados com Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Equador, Espanha, França, Índia, Itália, Luxemburgo, República Tcheca e Finlândia.

Do contrário, caso o JCP seja qualificado como juros, o beneficiário será tributado pelo seu respectivo Estado de residência, posto que os juros nesses acordos não são contemplados com a isenção, conforme relacionamos no Quadro 5 deste trabalho, no item 4.2. Entretanto, poderá o contribuinte se valer das cláusulas de *matching credit* e *tax credit* previstas, mas é preciso ter bem evidente que a tributação dos juros na maioria desses países é elevada, gerando ao beneficiário do JCP um ônus tributário consideravelmente maior. A propósito, confira as alíquotas do referido imposto (*Corporate Bond Interest Income Tax*) para aqueles países que, conquanto elencados acima, são também membros da OCDE⁹⁷:

Quadro 6 – Alíquotas aplicáveis aos juros em alguns dos países-membros da OCDE

País	Alíquota
França	45%
Bélgica	27%
Itália	26%
Áustria	27,5%
Espanha	23%
Luxemburgo	10%
Finlândia	30%
República Tcheca	15%
Canadá	53,5%

Fonte: (HARDING, Michelle.; MARTEN, Melanie, 2018, 15-16)

⁹⁷ HARDING, Michelle.; MARTEN, Melanie. Statutory tax rates on dividends, interest and capital gains: The debt equity bias at the personal level. **OECD Taxation Working Papers, No. 34**. Paris: OECD Publishing, 2018.

Assim, defendemos a qualificação do juros sobre o capital próprio no escopo do art. 10, de modo a lhes atribuir a natureza de dividendos, pois que identificamos se tratar de uma interpretação que mais se coaduna com os princípios consignados no art. 31 da Convenção de Viena, bem como aquela que vai de encontro às práticas de tributação internacional consolidadas nos comentários da OCDE à Convenção Modelo.

Quanto aos benefícios que resultariam ao contribuinte beneficiário dessa remuneração, tenha-se em conta que o valor por ele auferido seria contemplado com a isenção tributária prevista na maioria dos acordos cujo texto normativo não faz menção à qualificação do JCP como juros. Do contrário, especialmente em relação aos Estados que preveem essa isenção e são membros da OCDE, o ônus econômico advindo da qualificação do JCP como juros não faria com que esse instrumento fosse atrativo para os sócios ou acionistas residentes nesses Estados, o que, por via de consequência, poderia desestimular a manutenção de investimentos via capital próprio nas respectivas empresas residentes no Brasil.

10. REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto; LUKIC, Melina Rocha. **Tributação da renda das pessoas jurídicas no Brasil e os juros sobre o capital próprio**. Curitiba: Juruá, 2016.

AMARO, Luciano. PIS/Cofins e juros sobre o capital próprio. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 239, p. 97-106, ago. 2015.

CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP – Alemanha: qualificação de juros sobre o capital próprio pelo Tribunal Federal das Finanças da Alemanha. CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Tributação internacional: análises de casos**. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 93-123. (Volume 2).

CNI. **Tributação da Renda de Pessoas Jurídicas: o Brasil precisa se adaptar às novas regras globais**. Brasília: CNI, 2018.

COELHO, Fábio Ulhôa. A Participação nos resultados das companhias (dividendos e juros sobre o capital próprio) e os direitos dos acionistas minoritários. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2000. (Volume 2)

DANTAS, Juliana; VERBOOM, Henny; LÜTTER, Cedrik B.; DIEDEREN, Wouter. Dutch tax treatment of Brazilian ‘interest on equity’ payments as of 2016. **Lexology**. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Y776qk>. Acesso em: 12 nov. 2019.

DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. **Double Tax Treaties Polices of Brazil: The Brazilian Model Tax Convention**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais: regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

HARDING, Michelle.; MARTEN, Melanie. Statutory tax rates on dividends, interest and capital gains: The debt equity bias at the personal level. **OECD Taxation Working Papers, No. 34**. Paris: OECD Publishing, 2018.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALHERBE, Jacques; VETTORI, Gustavo G. Deducting Interest on Equity Capital: Brazilian and Belgian Tax Rules Compared. **European Tax Studies**, 2010, 2010, p. 27-64.

MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Manual de Contabilidade Societária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. A figura dos juros sobre capital próprio e as contribuições sociais do PIS e da Cofins. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.169, p. 73-90, 2009.

MAYDEW, Jeff; MARQUES, Juliana; ASSIS, Juliana Porchat de; TENENBOYM, Michael. Brazilian Interest on Equity After U.S. Tax Reform. **Tax Management International Journal**, v. 47, n. 11, p. 717, 2018.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version**. Paris: OECD Publishing, 2019.

OECD. **Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015.

OKUMA, Alessandra. As convenções para evitar dupla tributação e elisão fiscal e os meios de solução de controvérsia. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Matheus Bueno de. Os juros sobre capital próprio (JCP) e sua qualificação nos acordos contra a bitributação firmados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes (Coord.). **Mercado financeiro e de capitais: regulação e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 1249-1274.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Juros de remuneração do capital próprio. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, v.15, p. 114-126, 1998.

ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados contra a bitributação da renda**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Ramon Tomazela. **Os instrumentos híbridos à luz dos acordos de bitributação: Implicações Fiscais para Além do Projeto BEPS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Ramon Tomazela. Os Instrumentos Financeiros Híbridos e a Arbitragem Fiscal Internacional: As Considerações de Política Fiscal na Ação 2 do Projeto BEPS. In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 365-400.

SANTOS, Ramon Tomazela. O pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (JCP) será afetado pela Ação 2 do Projeto BEPS (2016). In: SANTOS, Ramon Tomazela. **Estudos de Direito Tributário Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 401-432.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre o capital próprio: natureza jurídica e forma de apuração diante da “nova contabilidade”. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 169-193. (Volume 3).

TÔRRES, Heleno Taveira. Juros sobre o capital próprio: autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZILVETI, Fernando AURELIO; TORO, Carlos Eduardo Costa M. A.; BRITTO, Bianca Maia de. Interpretação de Tratados Internacionais. In.: SANTI, Eurico Marcos de; ZILVETI, Fernando Aurelio; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **Tributação Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129-158.