

O controle fiscal da subcapitalização em operações vinculadas

(uma cláusula específica de antielisão)

Nome: Eduardo Fuser Pommorsky

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
I - A SUBCAPITALIZAÇÃO.....	5
I.I.- Descrição do fenômeno.....	5
I.II.- Subcapitalização no âmbito tributário.....	9
II - ELEMENTOS DA SUBCAPITALIZAÇÃO.....	12
II.I. - Personagens da subcapitalização.....	12
II.II. - As modalidades de financiamento envolvidas.....	16
II.III. - Proporção endividamento versus capital (safe haven ratio)...	18
III - MEDIDAS FISCAIS ANTI-SUBCAPITALIZAÇÃO.....	23
III.I. - A indedutibilidade dos juros.....	23
III.II. - Juros sobre capital próprio.....	26
III.III - A subcapitalização e os preços de transferência.....	29
IV - SUBCAPITALIZAÇÃO COMO REGRA ESPECIAL ANTIELUSIVA.....	32
CONCLUSÃO.....	36
BIBLIOGRAFIA.....	38

INTRODUÇÃO:

Tema de grande relevância no plano do direito tributário internacional, o controle fiscal da subcapitalização de empresas¹, salvo poucas exceções, está a merecer um estudo mais aprofundado por parte da doutrina brasileira². Essa escassa bibliografia nacional sobre o tema parece decorrer do fato de que, até recentemente, inexistia qualquer previsão expressa sobre o instituto.

Sob tal premissa, essa lacuna acadêmica provavelmente será colimada em breve. Isto porque a Medida Provisória nº. 427/09, uma “lex omnibus³” de legislação tributária, introduziu por meio dos artigos 24 e 25, as normas de controle fiscal da subcapitalização de empresas no Brasil. Os dispositivos, como se verá, abordaram prolixamente o instituto, valendo-se da experiência de outros países na sua regulamentação e vicissitudes.

Nos propomos, neste trabalho, a proceder a uma análise do novel instituto, esmiuçando os principais aspectos até o momento legislados e, assim, procuraremos contribuir de alguma forma. Face sua recente introdução no ordenamento, tivemos que

¹ conhecido como thin capitalization (thin cap) no direito inglês, thin capitalisation no direito americano, sottocapitalizzazione ou capitalizzazione sottile no direito italiano, subcapitalización no direito espanhol e sous-capitalisation no direito francês.

² TORRES, Heleno. Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. “A subcapitalização é um tema que não tem sido explorado no Brasil, em particular, pelo fato de a legislação fiscal não prever nada sobre o seu tratamento, tampouco as autoridades têm se preocupado em controlar este problema mediante cláusulas gerais dirigidas à prevenção da evasão fiscal, na medida em que persiste um regime de neutralidade fiscal à distribuição de lucros ou pagamentos de dividendos no sistema de tributação das rendas das pessoas jurídicas”.

³ Na feliz expressão constantemente usada por Gerd Willi Rothmann cf. Tributação Internacional sem Sujeito Passivo: uma Nova Modalidade do Imposto de Renda sobre Ganhos de Capital?, in Grandes Questões de Direito Tributário, 10º volume, coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2006.

recorrer, no mais das vezes, à doutrina alienígena para nos munir de certo arcabouço jurídico-hermenêutico no labor interpretativo de tais dispositivos. Mas que se faça desde já a ressalva de que buscamos por em prática a antropofagia jurídica, tão pregado por Eros Grau⁴, evitando as inconsistências estrangeiras e as inadequações brasileiras. Na dúvida quanto à aplicabilidade de determinado conceito colhido do Direito Comparado, houvemos por bem expor, jornalisticamente, as diferenças e contrastes legislativos.

Ensina Heleno Taveira Torres⁵, em obra valiosa para o presente trabalho, que, quanto ao regime fiscal de anti-subcapitalização, os países podem ser classificados em (i) países desprovidos de regulamentação sobre o assunto, (ii) países dotados de cláusulas gerais antielisivas aplicáveis, também, à subcapitalização e (iii) países que possuem uma regulamentação sobre subcapitalização regida por disposições especiais.

Procuraremos demonstrar nas linhas seguintes que na evolução legislativa recente, o país percorreu todos os três estágios, culminando na regramento específico do fenômeno. Para tanto, daremos primeiro um passo para trás, de modo a conceituar o fenômeno da subcapitalização, erguendo as premissas de nossa análise. Conceituaremos o instituto, descrevendo-lhe os termos gerais, para então enveredar na seara tributária. Dissecaremos os elementos que o compõe, bem como as medidas reativas assumidas pela Estado-Fisco.

Vincados os conceitos, passaremos a análise da subcapitalização à luz dos desdobramentos que conduzir à formação, a partir do silêncio normativo, do disciplinamento

⁴ GRAU, Eros Roberto. *“Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”*, 3a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005.

⁵ TORRES, Heleno. Op. cit. pg. 340.

do instituto, em um primeiro momento, com base em normas gerais anti-elusivas, para enfim consagrar o tratamento específico da matéria.

I - A SUBCAPITALIZAÇÃO:

I.I.- Descrição do fenômeno:

Há duas formas típicas de se conferir recursos financeiros a uma empresa recém constituída⁶: por meio de recursos próprios (capital, patrimônio líquido, *equity*) ou através de recursos de terceiros (empréstimo, endividamento, *debt*). A escolha por uma ou outra forma de prover recursos a sociedade nascente depende de um sem-número de fatores que permeiam as searas econômica, financeira, política ou fiscal⁷. Decerto, no presente trabalho, ater-nos-emos apenas a esta última.

A escolha pela aporte de recursos próprios é denominada pelo termo capitalização, que:

(...) consiste no ato ou efeito de constituir capital financeiro no seu patrimônio, para prover os meios requeridos para o seu patrimônio, para prover os meios requeridos para o seu financiamento, de fazer confluir capital para compor o ativo patrimonial, cujo efeito é a formação do capital que passa a existir aplicado no ativo.

⁶ “There are broadly two ways in which a company may be financed. One is by the issue of shares in the equity of the company and the other is by borrowing. (...)” OCDE Report “Thin capitalization”, 2004.

⁷ Nelle società di piccole e medie dimensioni, nell’ipotesi in cui gli azionisti non siano dotati dei adeguate risorse finanziarie, la scelta tra debt ed equity è spesso vincolata a favore del debt. Per contro, nei gruppi di più grandi dimensioni, o comunque quanto l’azionista sia dotato di adeguate disponibilità di tesoreria e/o di più ingenti capacità di credito, la scelta tra debt e equity diventa invece più flessibile, e di conseguenza può divenire uno strumento di pianificazione fiscale. Infatti la strutturazione dei flussi di remunerazione del capital investito o del debito intercompany (alternativamente, tramite dividendi o interessi) incidono sulla formazione degli imponibili dei soggetti coinvolti (e quindi sul carico fiscale “consolidato”), ponendosi quale leva della pianificazione fiscale, in specie a livello internazionale.” GARBARINO, Carlo. Manuale di tassazione Internazionale, Milano: IPSOA, 2006

Já o endividamento se dá através de recursos de terceiros que, após o transcurso de determinado período, devem ser restituídos a quem os emprestou. Terceiros, nesse caso, são tanto aqueles que não guardam qualquer relação com a sociedade, quanto aqueles que também atuam como seus sócios, acionistas, controladores ou outras formas de vinculação. A remuneração decorrente do uso de capital próprio dá aos seus contribuintes o qualificativo de dividendos, enquanto a retribuição em decorrência da utilização de recursos de terceiros é qualificada como juros.

Dentre essas alternativas, diversas empresas podem optar por prover a sociedade por meio de recursos de terceiros - endividamento - em detrimento do aporte de capitais da própria sociedade. Quando tal desproporção é excessiva, configura-se o fenômeno conhecido pelo direito mercantil e fiscal como subcapitalização. Para que assumam relevância jurídica, tal descompasso há de ser decorrente de relações com os mesmos sujeitos.

Exponente brasileiro nos estudos sobre o assunto, Heleno Taveira Torres diz que a subcapitalização:

“(...) decorre, pois, da opção de financiamento com capital próprio, como um problema relativo ao endividamento de uma empresa com os seus sócios ou quotistas (sociedades vinculadas ou não: residentes ou não residentes) superior ao quanto ela poderia obter em condições normais de mercado junto a terceiros.

A conceituação dada por Heleno Torres encontra similares definições no plano internacional, a despeito de algumas dessemelhanças que serão evidenciadas. Para o espanhol Néstor Carmona Fernández⁸ a subcapitalização é:

⁸ FERNÁNDEZ, Néstor Carmona, “Fiscalidad de las Operaciones Vinculadas”, Wolters Kluwer España, primera edición, Marzo 2009, pg. 333.

“un determinado tipo de “financiación anómala o inusual” (...) que se manifiesta a través de una estructura de capitalización o financiación de una sociedad en la que prima o prevalece de forma excesiva o desproporcionada la deuda (debt) o financiación vía recursos ajenos frente a los recursos o fondos propios (equity capital).”

Seu conterrâneo Javier Luque Bustamante⁹ complementa o conceito, trazendo ainda o aspecto de que as relações entre os recursos próprios e alheios se dão em um ambiente que não cumpre com as regras próprias do mercado (princípio da livre concorrência), lesando assim o princípio *arm's length*:

“existe subcapitalización cuando se produce una desproporción entre el volumen de recursos propios (capital) y ajenos (préstamos) procedentes de sociedades del mismo grupo económico respecto de la que normalmente existiría en situaciones de libre competencia. La subcapitalización implica la existencia de una estructura financiera en la que se privilegian los recursos ajenos procedentes de empresas económicamente vinculadas, con el objetivo de reducir la carga tributaria.”

Para o italiano Carlo Garbarino¹⁰ o conceito é praticamente o mesmo, com a ressalva de que, em determinados casos, a relação de vinculação entre as partes não se faz necessária. Esse é o caso do endividamento indireto, que será objeto de nossa análise, e das relações com pessoas residentes em países de tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados (este último caso não será objeto deste trabalho):

“Una società è sottocapitalizzata quanto il proprio patrimonio netto è di molto inferiore rispetto al capitale di debito. In genere, i finanziamenti possono essere più elevati rispetto a quanto si possa normalmente ottenere in prestito in quanto sussiste una speciale relazione fra il mutuante e il mutuatario (relazione di partecipazione fra socio e casa madre). In altre parole, la società presenta un alto livello di

⁹ LUQUE BUSTAMANTE, Javier. La subcapitalización de sociedades y sus efectos tributarios. Gestion – Pagina especializada. Lima: 1997.

¹⁰ GARBARINO, Carlo. Manuale di tassazione Internazionale, Milano: IPSOA, 2006.

indebitamento semplicemente perché i prestiti derivano dal socio o da un'altra società del gruppo, quando invece, probabilmente, una parte terza non avrebbe riconosciuto finanziamenti a condizioni paritetiche. Tuttavia, in alcuni Stati, ai fini dell'applicazione della thin capitalisation, non è richiesta la sussistenza di una particolare relazionese.”

Uma classificação recorrente por parte da doutrina especializada é a divisão entre a chamada “subcapitalização material” e a “subcapitalização formal”. A subcapitalização material é corresponde aos casos em que¹¹ a empresa não dispõem de recursos suficientes para o desenvolvimento das próprias atividades seja por qualquer forma de financiamento (recursos próprios ou alheios). Por sua vez, a subcapitalização formal¹² é aquela em que os recursos próprios são desproporcionalmente irrisórios e a empresa recorre a recursos de terceiros, por meio de endividamento. Este é o caso de subcapitalização que interessa ao nosso estudo.

¹¹ “haverá subcapitalização material, quando, na sociedade, os meios disponíveis sejam em absoluto desadequados ao objeto e incongruentes com a dimensão da empresa (...) é, a sociedade, nesta hipótese, dispõe de um capital irrisório ou manifestamente insuficiente para o desenvolvimento da atividade social, sem que tal incongruência seja temperada através de outro tipo de financiamento (v.g. empréstimos) por parte dos sócios” DOMINGUES, Paulo de tarso. Do Capital Social: noção, princípios e funções. Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 160.

¹² “(...) a subcapitalização formal é em síntese a substituição de ingressos dos sócios como capital social, para ingressos como capital de terceiros. Esta substituição é motivada (...) pela economia fiscal que pode representar, bem como por outras vantagens econômicas presentes, as quais corresponde o planejamento com vistas à formação mais adequada da estrutura de capital da sociedade.” HÜBERT, Ivens Henrique. “Subcapitalização de

I.II.- Subcapitalização no âmbito tributário

Do ponto de vista fiscal, a subcapitalização pode ser definida como¹³ sendo uma modalidade de planejamento fiscal, pelo qual a sociedade eleva o seu grau de endividamento com pessoas vinculadas em detrimento do capital investido por estas pessoas na formação dos fundos próprios da empresa, como forma de se aproveitar do tratamento fiscal dispensado ao juros que resulta mais favorável quando comparado com a distribuição de dividendos¹⁴. Em especial, em decorrência da possibilidade que inúmeras legislações conferem aos mutuários de deduzir os juros pagos a sua mutuante localizada em outro país¹⁵.

empresas: delimitação e tratamento nos âmbitos societário e tributário”. In TORRES, Heleno (coord.) *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, v. II, 2004, pg. 563-601

¹³ “Segundo Pistone, a thin capitalization nada mais seria que uma técnica elisiva que permite à sociedade desfrutar das disposições normativa que consentem a dedutibilidade dos juros passivos através de um financiamento fictício concedido por uma sociedade formalmente mutuante mas substancialmente sócia, a outra sociedade localizada em uma nação diversa, aparentemente mutuária mas em realidade participada pela primeira. Com isso, faz aparecer mútuos aquelas operações intragrupos que, na realidade, deveriam, ao invés, configurar-se como aumento de capital social, operando, assim, uma típica distribuição oculta de lucros. HÜBERT, Ivens Henrique. “Subcapitalização de empresas: delimitação e tratamento nos âmbitos societário e tributário”. In TORRES, Heleno (coord.) *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, v. II, 2004, pg. 563-601

¹⁴ “In genere, la thin capitalization viene utilizzata quale strumento di pianificazione al fine di ottenere la deducibilità degli interessi passivi e, quindi, erodere la base imponibile nello Stato del debitore. Tale strumento, però, può essere utilizzato per altri motivi, in quanto: le ritenute applicabili sul pagamento di interessi sono in genere più basse rispetto a quelle applicabili sui dividendi; non sono dovute imposte indirette poiché il finanziamento, in genere, non costituisce il patrimonio netto, non sono dovute imposte indirette; la remunerazione del prestito viene tassata una volta sola, ovvero a livello del percipiente, che in genere è ubicato in un paese a bassa fiscalità; la remunerazione del capitale, invece, può essere tassata anche due volte. In tal modo, si evita, di fatto, una doppia imposizione economica.” GARBARINO, Carlo. Op. cit.

¹⁵ “Por otra parte, la apertura financiera de carácter amplia ha permitido a las empresas internacionales la realización de prácticas tributarias elusivas en relación con el tratamiento tributario otorgado a los pagos de dividendos, intereses o regalías giradas al exterior, con el propósito de reducir el costo tributario para las empresas. Como una manera de limitar el entorno en el que estas maniobras elusivas pueden ser realizadas han surgido normas conocidas como de “subcapitalización” o “capitalización débil o exigua” como también se las denomina, que fueron inicialmente impulsadas por los países desarrollados y que han sido adoptadas por algunos países, como una forma de evitar el “arbitraje tributario”. En la práctica, cuanto mayor sea la diferencia en el nivel de imposición existente entre los distintos conceptos gravados a los no residentes (dividendos, regalías o intereses pagados), mayor será el beneficio del arbitraje que se generaría a fin de reducir el nivel de imposición. Asimismo, las diferencias entre los niveles de tasas aplicadas a los distintos tipos de rentas pagadas a no-residentes y la tasa aplicada a las utilidades societarias tanto la referida a la entidad prestataria como la

Nos valendo do exemplo fornecido pela própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472/09, podemos esclarecer os efeitos tributários decorrentes da subcapitalização. Imanigemos, portanto, que uma:

“ pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no País, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.”

Ao serem pagos os juros pelo empréstimo contraído, autoriza-se a sua dedutibilidade, permitindo o nosso regime jurídico minimizar a renda tributável, mediante uma redução da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição sobre o Lucro Líquido. A substituição do capital social por empréstimos, provindos ou não dos sócios, possibilita a qualquer sociedade a dedução dos juros pagos por estes empréstimos como despesa financeira, permitindo assim a redução da base de cálculo do imposto de renda incidente sobre a renda da sociedade empresária.

Continuando a leitura da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472/09 é possível entender com bastante clareza quais sejam os efeitos tributários perseguidos pelas empresas que adotam a subcapitalização como mecanismo de planejamento fiscal:

“29. O art. 24 visa evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo realizado da seguinte forma: a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no País, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.

29.1. A dedução desses juros da base de cálculo do IRPJ (alíquota de 15% mais adicional de 10%) e da CSLL (alíquota de 9%) gera uma economia tributária de 34%

prestamista, determinarán la magnitud del estímulo para llevar a cabo maniobras de subcapitalización”. FERNÁNDEZ, Néstor Carmona. Op. cit.

do seu valor. Mesmo considerando que as remessas para pagamento de juros são tributadas pelo Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15%, resta uma economia tributária de 19%”.

Além da possibilidade de deduzirem-se os juros¹⁶, outra vantagem decorre do fato de que a alíquota aplicável aos juros, via de regra por meio de retenção na fonte por parte do país da fonte, é menor do que aquela que se aplica ao lucro real (ou equivalente), acrescido, por vezes da tributação na distribuição de dividendos (o que no ocorre no Brasil). Dessa forma, a possibilidade de requalificação da categoria reditual se mostra, em especial no plano internacional, bastante vantajosa.

¹⁶ “Perhaps the most important difference from the tax point of view is the fact that equity investment is designed to produce a return for the investor in the form of a distribution of taxable profits while the return on a loan investment is, for the payer, an expense which has to be met before the profits can be established. (...) Either respect to the taxation of its income or profits, the basic difference is that the shareholder’s reward - the distribution to him of profits, usually in the form of a dividend - is not deducted in arriving at the taxable profit of the company. Indeed, this follows from the fact that what the shareholder receives is a distribution of the profits themselves. Interest on a loan, however, is usually allowed as a deductible expense in computing the taxable profits of the company paying it (being effectively if not specifically regarded as an expense of earning those profits) (...) However, the distinction between interest and dividends is important in this context in some circumstances for two reasons: first, the rate of foreign tax creditable may differ according to whether the income is of the one or the other kind: second, a special relief is often to a parent company which receives dividends from a subsidiary under what is sometimes described as a “parent/subsidiary regime”, and this kind of relief is not given in the case of interest received by a parent company. Thus, while credit for the tax of the country of source in relation to interest is always limited to the tax charged on the interest itself, credit for source country tax in respect of the dividends may sometimes extend under a “parent/subsidiary regime” to a part of the tax charged on the appropriate proportion of the underlying profits out of which the dividend was paid - credit for underlying tax, or “indirect credit”. “PILTZ, Detlev. “General Report” in *Cathiers Droit Fiscal* (IFA Cathier) - vol. 84 b.

II - ELEMENTOS DA SUBCAPITALIZAÇÃO:

II.I. - Personagens da subcapitalização:

As regras de thin capitalization somente são aplicáveis no plano internacional, envolvendo pessoas vinculadas¹⁷. Como pontua o professor alemão da Universidade de Mannheim, Dr. Detlev J. Piltz¹⁸, ao tratar dos elementos subjetivos que se submetem às regras de subcapitalização:

“thin capitalization regulations only come into play if the provider of the loan capital is related in certain ways to the borrowing company. The regulations in the various countries are reasonably similar in this respect.”

Na classificação do prof. Heleno Torres¹⁹, quanto à relação de financiamento por capital-empréstimo pode ser classificada em: (i) direta, quando o mutuante é pessoa vinculada não residente e (ii) indireta, quando, sendo o mutuante uma pessoa ou entidade vinculada não residente, o endividamento venha a ser contraído pela interposição de pessoas ou entidades residentes intermediárias.

Quando às relações diretas, o legislador brasileiro optou por aplicar o conceito de pessoa vinculada previsto na desde 1996 no art. 23 da Lei 9.430 para determinar a quais mutuárias se destinam as regras de thin capitalization brasileiras.

¹⁷ E no caso da experiência brasileira, com mutuantes localizados em localidades de tributação favorecida ou de regime tributário privilegiado.

¹⁸ PILTZ, Detlev J. International aspects of thin capitalization. Cathiers de droit fiscal international. Rotterdam: Kluwer/IFA, 1995.

¹⁹ TORRES, Helena Taveira, Op. cit. pg. 521

Tal dispositivo relaciona um rol de pessoas jurídicas consideradas vinculadas, que incluem (i) pessoas com vínculo societário, (ii) empresas com vínculo comercial, (iii) pessoas com relações de parentesco e (iv) operações com interposta pessoa.

De acordo com o art. 23 da Lei 9.430/96, são consideradas como vinculadas, a pessoa jurídica domiciliada no Brasil: (i) a matriz desta, quando domiciliada no exterior; (ii) a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior; (iii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada; (iv) a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada (v) a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica; (vi) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta; (vii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento; (viii) a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta; (ix) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos; (x) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de

exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Não bastasse adotar um rol tão extenso de relações entre partes relacionadas, ao dispor a respeito das regras de subcapitalização, o legislador incluiu os casos de financiamentos indiretos²⁰, estabelecendo que:

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

Dependendo do país onde a sociedade subcapitalizada tem residência, a subcapitalização indireta está ou não incluída no âmbito do fenômeno ora analisado. Aproveitando-se da experiência internacional em tema de subcapitalização, o Brasil visando superar as querelas que normalmente estimulam a litigiosidade judicial e administrativa, optou por incluir todos aqueles que de alguma forma participam do financiamento com fundos alheios e que possuem o status de pessoa vinculada, inclusive em casos de garantias.

Transcrevemos um curto trecho da doutrina espanhola que ilustra as discussões existentes quanto ao âmbito de aplicação do conceito de endividamento indireto:

“El endeudamiento a tomar en consideración incluye tanto el contraído directamente como indirectamente por parte de la entidad residente con entidades vinculadas no residentes. Ello en principio requeriría tener en cuenta aquellos en los que media interposición de personas o entidades independientes que intermedian o constituyen un paso previo para que una entidad vinculada (no residente) opere como prestamista final (back-to-back loans). La doctrina de los autores, sin embargo, se ha

²⁰ “Não estão descartadas, contudo, hipóteses de triangulação, em que o mutuante possui uma relação (de débito, ou de outra natureza) com a pessoa física ou jurídica sócia da sociedade subcapitalizada, mas que, diretamente, não possui qualquer conexão com esta empresa, nem com a mutuária. A eventual interposição de terceira pessoa no financiamento da sociedade irá determinar se sua subcapitalização ocorre de modo direto ou indireto.”

pronunciado en sentido contrario a la inclusión de los préstamos meramente garantizados por una entidad vinculada extranjera, aunque ciertamente habría que atender al contenido real de la “garantía” o “comfort letter” para poder arriesgar una posición al respecto. No obstante, la DGT se ha posicionado en el sentido de que constituye endeudamiento indirecto la concesión de un aval por la entidad vinculada no residente, siempre que ésta asuma en última instancia el riesgo de la posible insolvencia del deudor.”

Em alguns países, determinados grupos de pessoas são excluídos da sistemática aplicável ao controle fiscal da subcapitalização, a exemplo das entidades financeiras e comunitárias de acordo com a legislação espanhola (art. 20 do TRLIS). Em nível infraconstitucional e supraregulamentar o Brasil optou por omitir qualquer exceção, motivo pelo qual se conclui que todas as pessoas vinculadas (instituições financeiras ou não) estão incluídas nesse regime.

Nas lições de Heleno Torres²¹, o nível de endividamento pode aplicar-se tanto a um acionista individual quanto a um conjunto de acionistas não residentes. A novel legislação brasileira optou pelo segundo modelo, pelo qual dispôs que:

art. 24. II - o valor total do somatório dos endividamentos, verificados na data da apropriação dos juros, não seja superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

Omissos quanto ao coeficiente, que será objeto de análise adiante, evidenciamos aqui que o legislador brasileiro preferiu eleger a totalidade das pessoas mutuantes para delimitar o

²¹ “endividamento em relação ao acionista individual (Alemanha, Portugal) - Por este método, o coeficiente de endividamento aplica-se ao acionista individual não residente que tenha concedido um empréstimo à sociedade de capitais. Deduz-se que a regulamentação pode aplicar-se à pessoa do sócio, ainda que o endividamento global da sociedade esteja muito abaixo do coeficiente de segurança. 2. Endividamento em relação ao conjunto dos acionistas não-residentes - Este, no lugar de referir-se ao acionista estrangeiro individual, refere-se a todos os acionistas estrangeiros, como grupo. Somente quando o total das aportações no capital credor de todos os acionistas não residentes abaixa o limite do nível de segurança intervém a regulamentação. Sobre esta base, os acionistas individuais não residentes podem aportar mais fundos estrangeiros à sociedade quando outros acionistas não residentes diminuam seus investimentos em capital credor, em proporções equivalentes. TORRES, HELENO. Op. cit. pg. 530

volume de empréstimos entre vinculadas, criando assim uma estrutura menos vulnerável a planejamentos fiscais.

II.II. - As modalidades de financiamento envolvidas:

Ante o gênio criativo humano, as modalidades de financiamento são tantas que nem sempre é possível classificar determinada aporte de fundos como sendo capital (*equity*) ou como empréstimo (*debt*). Ainda que existam formas claras que extremam uma modalidade de outra é patente a existência de uma zona cinzenta que dá vazão ao planejamento fiscal e a atitudes elisivas²².

No plano internacional, mais experiente ante a nascitura legislação brasileira sobre o assunto, é bastante comum presenciar debates sobre a classificação de uma determinada remessa em uma modalidade de capital próprio ou alheio. Assim ocorre na legislação espanhola²³, que procura conferir uma definição aberta do conceito como solução do problema e a legislação norte-americana que, a exemplo de uma decisão na “*Court of Appeal*

²² “where the nature of the financing is, on the face of it, not clearly either debt or equity, rules may be necessary to decide the issue. Such cases of “hybrid financing” may include participating loans (i.e. loans where the interest payable depends in whole or in part on the profits of the borrowing enterprise) or convertible loan (i.e. loans which can at some stage entitle the lender to exchange his right to interest for a right to a share in profits) or in some cases sleeping partnerships, or securities where either the right of ownership or the rights attaching to the securities themselves are closely connected with the ownership of shares in the same company. Country practice is not uniform. Participating loans are sometimes, but not usually, treated as equity contributions. Convertible bonds are usually treated as loan capital until they are actually converted but in some cases are automatically treaty as equity. Sleeping partners “PILTZ, Detlev. Op. Cit.

²³ “el endeudamiento puede consistir en préstamos, créditos comerciales (remunerados) o cualquier otra forma de financiación como emisión de bonos, obligaciones, pagarés o cualquier otro instrumento para la captación de fondos ajenos, resultando irrelevante que los intereses revistan forma explícita o implícita” GABBIANO, Carlo, Op. cit.

for the Third Federal Circuit”, prefere dispor de um rol de fatores para descrever se o aporte se refere a “*equity*” ou “*capital*”²⁴:

“In attempting to deal with this problem courts and commentators have isolated a number of criteria by which to judge the true nature of an investment which is in form a debt: (1) the intent of the parties; (2) the identity between creditors and shareholders; (3) the extent of participation in management by the holder of the instrument; (4) the ability of the corporation to obtain funds from outside sources; (5) the ‘thinness’ of the capital structure in relation to debt; (6) the risk involved; (7) the formal indicia of the arrangement; (8) the relative position of the obligees as to other creditors regarding the payment of interest and principal; (9) the voting power of the holder of the instrument; (10) the provision of a fixed rate of interest; (11) a contingency on the obligation to repay; (12) the source of the interest payments; (13) the presence or absence of a fixed maturity date; (14) a provision for redemption by the corporation; (15) a provision for redemption at the option of the holder; and (16) the timing of the advance with reference to the organization of the corporation.”

Na esteira do quanto dito em relação ao endividamento indireto, em relação às formas de financiamento, a legislação brasileira optou por incluir todas as formas de financiamento, conforme art. 24, § 1º da Medida Provisória nº 472/2009:

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

Decerto, tal escolha tornou o conceito tão amplo que somente uma detalhada legislação infralegal (a exemplo da lista de paraísos fiscais disposta na Instrução Normativa nº 188/2002) poderá eventualmente discipliná-lo. Caso contrário, dará azo à arbitrariedade na aplicação da norma por parte das autoridades fiscais federais e aumentará a litigiosidade em torno do tema.

²⁴ *Fin Hay Realty Co.*, 398 F.2d at 698, citing the following cases with similar factor lists: *J.S. Birtz Construction Co. v. Commissioner*, 387 F.2d 451 (8th Cir. 1967); *Tomlinson v. 1661 Corporation*, 377 F.2d 291 (5th Cir. 1967); *Smith v. Commissioner*, 370 F.2d 178 (6th Cir. 1966); and *Gilbert v. Commissioner*, 262 F.2d 512 (2nd Cir. 1959).

II.III. - Proporção endividamento versus capital (safe haven ratio):

A maior parte dos países que adotam regras explícitas de subcapitalização se valem de um coeficiente fixo de proporção entre recursos próprios e alheios (*safe haven ratio*)²⁵ para estabelecer o limite de dedutibilidade dos juros pagos a vinculadas em decorrência de empréstimos *intergroup* contraídos.

Via de regra, o coeficiente escolhido pelos países corresponde a 3:1 entre o capital próprio da sociedade e o financiamento com vinculadas. Esse é o caso da Alemanha, Austrália, Rússia, Japão e Coreia. Dentre os países em desenvolvimento, tem-se o México que confronta o endividamento ao capital contábil em uma proporção de 3:1 e o Chile que determina que a taxa de retenção reduzida de 4% não é aplicável se a relação de endividamento e patrimônio líquido exceda a 3:1 em cujo caso tributam a 35%.

O legislador brasileiro, em dissonância com a maioria dos países que aplicam regras de *thin cap* elegeu o coeficiente de 2:1 para confrontar o endividamento experimentado pelas empresas brasileiras com pessoas vinculadas e o patrimônio líquido das mesmas. O art. 24, inc. I prevê, *in verbis*:

“I - o valor do endividamento, verificado na data da apropriação dos juros, não seja superior a duas vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil”

²⁵ All countries with particular thin capitalization rules employ the concept of a fixed debt to equity ratio (“safe haven”). Within the limits of the safe haven, the subsidiary company may deduct interest paid to its non-resident shareholder. Exceptions to this basic rule are frequently granted for certain types of activity and for groups of companies. Equity and loan capital are defined in very different ways in different countries. The most common debt to equity ratio is 3:1. Thus, an overall equity ratio of 25 per cent is expected. “PILTZ, Detlev. “General Report” in Cathiers Droit Fiscal (IFA Cathier) - vol. 84 b.

Como resultado desse estreitamento do coeficiente é natural que se tenha uma maior rigidez nas verificações fiscais de seu cumprimento, assim como uma maior probabilidade de gerar problemas de dupla tributação²⁶. No entanto, não se pode considerar o Brasil como um caso isolado quanto à eleição de um coeficiente mais baixo para a determinação de um *safe haven* para o aproveitamento das benesses fiscais. Com efeito, na Argentina esse coeficiente também é de 2:1, contrastando “*deuda*” versus “*utilidad neta*”, bem como o Canadá que aplica também os conceitos de patrimônio e endividamento.

Tampouco pode-se considerar o Brasil como dentre os países a adotar as *ratios* mais baixas na delimitação do *safe haven*. Três das maiores economias, quais sejam, os Estados Unidos da América (Secções 163, j e 385, do *Revenue Code*), Alemanha e França (Código Geral de Impostos, art. 39 e 212), adotam um coeficiente de 1,5:1 na relação dívida-patrimônio líquido, tornando ainda mais restrita a possibilidade de planejamentos fiscais por meio desse tipo de financiamento.

Além disso, há de se notar que não basta a simples cifra de *ratio* para determinar se um país é mais ou menos benevolente com respeito ao volume de financiamento realizado por meio de empréstimo. É importante também notar quais os elementos que serão confrontados, isto é, o que se entende por “capital próprio” e “capital alheio” em cada legislação.

Emblemática é a regulamentação espanhola das regras de *thin capitalization*, para se verificar como essa diversidade de conceitos pode conduzir a equivocadas conclusões. Nos

²⁶ “Asimismo, se insiste en que cuanto menor sea el ratio fijo de endeudamiento mayor será su rigidez y las probabilidades de que genere problemas de doble imposición económica”. FERNÁNDEZ, Néstor Carmona, Op cit. pp. 336.

limites do que nos interessa, diz o “apartado” 1 do art. 20 do “texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”:

“Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos”.

A primeira vista, a razão de 3:1 prevista pela legislação espanhola conduz ao entendimento de que as normas ibéricas são mais liberais do que as tupiniquins. No entanto, deve-se considerar os elementos envolvidos.

A legislação brasileira prevê como objeto de confronto a título de “capital próprio” o patrimônio líquido da sociedade residente no Brasil. De acordo com o art. 178, § 2º, III da Lei nº 6.404/76, o patrimônio líquido é composto por: capital social, reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações em tesouraria e prejuízos acumulados. Ou seja, o capital social representa apenas um dos elementos que constituem o patrimônio líquido. Por sua vez, a legislação espanhola se utiliza do termo “capital fiscal”²⁷ para identificar os fundos próprios da entidade, excluídos os resultados do exercício.

Outro aspecto a ser levado em conta com respeito à proporção aceita entre o grau de endividamento e os fundos próprios da empresa²⁸ são as conseqüências perniciosas da fixação

²⁷ “Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyendo el resultado del ejercicio.”

²⁸ “The determination of a safe haven provides certainty as to the law. Both shareholder and the subsidiary company know exactly up to which level of debt interest will still be deductible. The fixed safe haven has, however, two disadvantages. First, internationally, there are significant differences between “typical” levels of indebtedness. For example, with UK and US companies, the average equity ratio is above 40 per cent, whereas in Japan and Germany the average corresponding figure barely exceeds 20 per cent. Thus, an internationally standardized safe haven of, for example, 3:1 would not do justice to these average values. Second, indebtedness in the individual countries varies to a great extent depending on the industry (see above example for the US).” PILTZ, Detlev. Op. Cit.

objetiva de uma *ratio* sem a devida consideração dos aspectos internos da nação que os assimila. Há uma significativa diferença entre os chamados níveis típicos de endividamento. As sociedades empresárias residentes na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, por exemplo, tem uma proporção de capital próprio de aproximadamente 40%, enquanto o Japão e a Alemanha tem uma média de 20% por cento. Dessa forma, o uso de padrões internacionais que desconsiderem essas nuances acabam por causar a aplicação de percentuais impróprios e justos. Ademais, o grau de endividamento varia enormemente dependendo do nicho empresarial.

Nessa toada, vale trazer o entendimento disposto no caso americano *Ginsberg v. Commissioner*, repetido em diversos julgados posteriores como precedente:

“As to the ratio itself, the courts have not laid down any mathematical formula, recognizing that what is excessive in one industry may be normal in another and that corporations’ financial requirements vary even within the same industry. It is usually assumed, however, that a ratio of debt to equity that does not exceed 3 to 1 will withstand attack. A less favorable ratio is likely to invite attention, but there is a general judicial tendency to regard even an excessive ratio as no more than a factor to be considered rather than as an independent test of the purported debt’s validity; and there are a few cases in which it is regarded as virtually irrelevant. [Emphasis added and citations omitted]”

Em uma apreciação crítica da matéria, nota-se que a criação de um “coeficiente fixo” para determinar o limite de endividamento frente aos fundos próprios corresponde a uma presunção legal. Como disposto na clássica lição de Moacyr Amaral Santos²⁹:

“as presunções ou são resultado do raciocínio ou são estabelecidas pela lei, a qual raciocina pelo homem, e classificam-se em presunções simples ou comuns ou de homem (praesumptiones hominis) e presunções legais) ou de direito (praesumptiones juris). Estas, por sua vez, subdividem-se em absolutas, condicionais ou mistas. As

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. “Prova Jurídica no Cível e Comercial, vol. V, São Paulo, 1942, p. 368, apud Becker, Teoria Geral do Direito Tributário, pp. 462-463.

absolutas ou juris et de jure não admitem prova em contrário; as condicionais ou relativa (iuris tantum) admitem prova em contrário; as mistas, ou intermédias, não admitem contra a verdade por elas estabelecida senão certos meios de prova, referidos e previstos na própria lei.

Helena Regina Costa sumariza os conceitos, afirmando que:

“enquanto as presunções simples fundam-se na razão e podem ser formuladas por qualquer pessoa, as presunções legais, estabelecidas - como o próprio nome indica - pela lei, vinculam seus aplicadores, subdividindo-se em relativas e absolutas, conforme admitam, ou não prova, em contrário, respectivamente.”

Na esteira dos ensinamentos de Helena Regina Costa, as presunções legais, quando não admitem prova em contrário, acabam por afrontar princípios constitucionais (ampla defesa, contraditório, etc.), representando típico exemplo de inadequação do uso do princípio da praticabilidade tributária. Diz a mesma doutrinadora:

“(...) no que tange às presunções legais, estas devem ser aceitas na hipótese, desde que relativas, e garantido-se ao contribuinte o devido processo legal.”

Nota-se que os dispositivos que disciplinam a matéria em âmbito doméstico criaram a presunção de “endividamento abusivo” sem a contrapartida de uma possível comprovação em contrário³⁰. Nessa toada, entendemos que a presunção legal imposta pelas novas regras de subcapitalização se valeram indevidamente do princípio da praticidade.

³⁰ A legislação espanhola, por exemplo, prevê a possibilidade de se apresentar outros coeficientes de endividamento versus capital próprio: “Los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.7 de esta ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas.”

III - MEDIDAS FISCAIS ANTI-SUBCAPITALIZAÇÃO:

III.I. - A indedutibilidade dos juros:

Uma vez verificado o excesso em relação ao limite resultante da aplicação do coeficiente de proporção entre o grau de endividamento e os fundos próprios da empresa, os Estados estabelecem medidas voltadas a neutralizar o benefício fiscal (*tax saving*) que resultaria da opção pelo endividamento excessivo.

Apesar de ser uma figura nova para o ordenamento brasileiro, as medidas anti-subcapitalização já se encontram no cenário internacional há um bom tempo. A Espanha, por exemplo, regula os limites fiscais de subcapitalização desde 1978 (Lei 61, de 27 de dezembro de 1978).

Dentre as medidas anti-abuso especificamente aplicáveis à subcapitalização, os países em geral adotam as seguintes: (i) a requalificação de juros como dividendos³¹, (ii) a qualificação de juros como distribuição disfarçada de lucros; ou (iii) a requalificação dos juros como despesas indedutíveis. Os Estados podem adotar medidas mistas com respeito a tais alternativas.

No caso da requalificação de juros como dividendos, os juros gerados pelo valor excedente do empréstimo contraído são considerados como distribuídos a título de

³¹ “Where a payment between associated enterprises is unchallengeably interest but the rate of interest charged is higher than the arm’s length rate, the question of thin capitalisation does not in strictness arise but the situation is one in which it may be possible to regard the excess interest as effectively a transfer of profit. Some countries therefore, in addition to refusing a deduction for the excess interest in such cases, would also treat it as a dividend. But this is not a universal practice.” PILTZ, Detlev. Op. Cit.

dividendos, com todos os efeitos jurídicos que tal classificação comporte. Esse é o caso da Espanha³², em que além da indedutibilidade dos juros a título de “gastos”, estes tem a consideração de dividendos.

Conforme a doutrina estrangeira pontua, a requalificação tem reflexos inclusive internacionais, eis que o conceito passa ser aplicável, inclusive, no âmbito de relações transfronteiriças abrigadas por Convênios para evitar a dupla tributação.

Nesse ponto, é valiosa a observação de Felix Alberto Verga Borrego³³, segundo o qual não há qualquer incompatibilidade com as regra previstas nos Convênios para evitar a dupla tributação e a requalificação dos juros como dividendos.

“Si se adopta este enfoque, no existe en mi opinión problema alguno para calificar como dividendo el interés devengado por la parte del endeudamiento calificado como capital, porque materialmente constituyen retribuciones de fondos propios en el sentido del art. 10 del Modelo OCDE. Como he señalado más atrás, este razonamiento también tiene sustento en los Comentarios al Modelo.”

Outra medida anti-subcapitalização é qualificar os excessos como distribuição disfarçada de lucros³⁴. Essa requalificação conduz a uma situação em que a base de cálculo da

³² Diz o art. 20 do TRLIS que “los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos”.

³³ BORREGO, Felix Alberto Vega. “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario”

³⁴ “With regard to taxation of profits, the reclassification of interest as a hidden profit distribution or dividend produces the situation which would have arisen if the non-resident shareholder had provided an acceptable amount of equity. The reclassified interest increases the company’s profits and hence the corporation tax basis. Since the interest is treated as a distribution of profits, the tax rate for distributions applies. In countries with lower corporation tax rates for distributed profits (Germany), the corporation tax is thereby reduced for the interest-paying company. For withholding tax purposes, the interest is consequently considered as a dividend. This is the procedure used in Germany, Korea, South Africa and Spain.” PILTZ, Detlev. Op. Cit.

tributação direta é alargada com a reintrodução dos valores deduzidos a título de juros. Esse mecanismo é de comum uso em associação com as outras modalidades até analisadas.

Por fim, os valores pagos a título de juros podem ser considerados apenas como despesa indedutível, sem que para isso sejam requalificados como dividendos. Em outras palavras, permanecem com o status de juros, contudo não podem ser deduzidos como normalmente ocorre. Essa foi a opção adotada pelo Brasil, a exemplo do que prevê o terceiro parágrafo do art. 24 da Medida Provisória nº 472/2009:

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

Essa solução traz uma série de problemas³⁵, dentre os quais, em primeiro lugar, a ocorrência inevitável de dupla tributação internacional, dado que os juros são tributados nos países de residência tanto da mutuária quanto da mutuante. Quanto à tributação dos juros, a pessoa vinculada não pode se creditar da base tributada pelo excesso em decorrência da proibição de dedução dos juros. Em segundo lugar, os juros não dedutíveis aumentam a base tributável da empresa mutuária, reduzindo assim os lucros distribuíveis a todos os acionistas (não somente àqueles que realizaram os empréstimos). Por último, a indedutibilidade dos

³⁵ Cf. “This solution creates several problems: first, international double taxation is unavoidable, because interest is taxed in the countries of residence of both the subsidiary company and the shareholder. As far as taxation of interest is concerned, the shareholder may not credit the increased corporation tax payable by the subsidiary company by virtue of the disallowed interest deduction. Second, the non-deductibility of interest increases the total corporation tax burden of the subsidiary company, thereby reducing the profits distributable to all shareholders (not just those who have provided loan capital). The prerequisites (causes) and tax consequences (effect) of these thin capitalization regulations are therefore not related to the same group of persons, as highlighted by the Australian national reporter. Finally, the denial of a deduction and the nonreclassification of interest as a dividend leads to a situation where the withholding tax rate for dividends, which may be lower, is not applicable. In Canada, for example, in certain cases the withholding tax rate for dividends is lower than that for interest”. PILTZ, Detlev. Op. Cit.

juros e a não reclassificação de tais juros como dividendos conduz a uma situação em que o tratamento fiscal a tal figura se torna inaplicável.

III.II. - Juros sobre capital próprio:

O regime dos juros sobre capital próprio foi introduzido no Brasil pelo art. 9º da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, com o objetivo de fomentar aumentos de capital nas empresas, permitindo a dedução dos juros decorrentes de empréstimos de capital próprio como despesa operacional, quando houver lucros no período e efetivo pagamento dos juros.

Por esse regime, o Brasil permite a dedutibilidade dos denominados juros sobre o capital próprio, aceitando que as pessoas jurídicas possam deduzir, na determinação do lucro real, o valor dos juros pagos ou creditados individualmente a titular, sócios ou acionistas, para efeito 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.

Como condição para o efetivo pagamento dos juros, faz-se necessária a 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.

Os “juros sobre capital próprio” recebem o mesmo tratamento fiscal dos juros propriamente ditos, visto que ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário. O valor pago a título de juros sobre capital próprio pode ser imputado ao valor dos dividendos obrigatórios previstos na legislação comercial.

Como opção a pessoa jurídica pode incorporar o valor dos juros ao capital social ou manter em conta de reserva destinada a aumento de capital, sendo garantida sua dedutibilidade desde que pago o imposto correspondente.

Segundo Heleno Torres³⁶:

“esse sistema visa a desencorajar o recurso à contratação de empréstimos com terceiros, substituindo (ou pelo menos reduzindo) este meio de financiamento por um incentivo aos acionistas para reforçarem o capital de giro com recursos próprios, ou através de autofinanciamentos. Trata-se de uma medida típica de países em desenvolvimento, por ser útil apenas quando um Estado pretende aumentar a liquidez das empresas e promover a formação do capital próprio, em lugar de fomentar o uso de capital-empréstimo.”

Não concordamos com a última passagem. Em princípio, todos os Estados tem interesse em aumentar a liquidez das empresas localizadas em seus territórios, bem como tornar atraente aos seus residentes e aos estrangeiros o uso de capital próprio em detrimento de capital alheio. Além disso, o mecanismo indutor introduzido com os juros de capital próprio não é um instrumento típico de países em desenvolvimento.

Com efeito, países com altos níveis de desenvolvimento, como a Bélgica, aplicam esse mesmo estímulo, com vistas ao estímulo de investimentos diretos estrangeiros. Nesse país, a chamada *“notional interest deduction”*³⁷ permite:

“all companies subject to Belgian corporate tax to deduct from their taxable income a fictitious interest calculated on the basis of the shareholder’s equity (net assets) (...) the main purpose of this innovative measure is to reduce the tax discrimination between debt financing and equity financing. (...) The new rules are intended to have the following positive effects: (...) 2. The promotion of capital-intensive investments in

³⁶ HÜBERT, Ivens Henrique. “Sucapitalização de empresas: delineamento e tratamento nos âmbitos societário e tributário”. In TORRES, Heleno (coord.) *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, v. II, 2004, pg. 563-601

³⁷ “Notional Interest deduction: an innovative Belgian tax incentive” extraído do site www.invest.belgium.be

Belgium, and an incentive for multinationals to examine the possibility of allocating such activities as intra-group financing, central procurement and factoring to a Belgian group entity.”

No fim das contas, o instituto dos “juros sobre capital próprio” corresponde a uma espécie de estímulo à opção por capitais próprios, eis que confere aos investidores as mesmas vantagens decorrentes da opção pelo financiamento com fundos alheios (pela dedutibilidade de juros). Dessa forma, desde o ponto de vista mercantil, o instituto é um mecanismo de combate à subcapitalização.

No entanto, do ponto de vista fiscal, os juros sobre capital próprio acabam por erodir a base de cálculo tributável por tributos diretos da mesma forma que o pagamento de juros. Dessa forma, resta claro que este é um benefício fiscal que induz a uma redução nos níveis de endividamento da sociedade, sem com isso contribuir, diretamente, a arrecadação tributária.³⁸

Com base em tudo que foi dito, vale as palavras de Ives Henrique Hübert³⁹, que ao examinar o instituto antes da introdução expressa de normas de subcapitalização no país disse que:

“no Brasil, a subcapitalização tem sido de certo modo desencorajada através da figura dos juros sobre capital próprio, introduzida em nosso ordenamento em 1995, e que, para este efeito especificamente, tem sido bem sucedida.”

³⁸ Ainda que, por se tratar de medida que estimula o investimento direto, acaba por indiretamente aumentar as receitas auferidas no país.

³⁹ HÜBERT, Ivens Henrique. Op. cit. pg. 563-601.

III.III - A subcapitalização e os preços de transferência:

O artigo 24 da Medida Provisória nº 427 traz, antes de qualquer regulamentação das regras de *thin cap* que “*sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996*”⁴⁰, tais normas serão aplicadas. O dispositivo trata da aplicação das regras de controle fiscal dos preços de transferência no âmbito do pagamento de juros em empréstimos contraídos entre empresas vinculadas.

A legislação relativa às regras de preços de transferência e de subcapitalização se imbricam continuamente, a exemplo da existência de inúmeros institutos e normas aplicáveis a ambos, tais como os conceitos de pessoa vinculada e de países com tributação favorecida e de regime fiscal privilegiado. A bem da verdade, os dois conjuntos de norma são harmônicos, aceitando-se tranquilamente em concomitância.

⁴⁰ Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

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

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

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

§ 4º Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada.

A OCDE, por meio de sua Convenção Modelo de Dupla Tributação Internacional prevê, em seu art. 9º, a disciplina aplicável às relações entre empresas relacionadas, para fins de retificação de contabilidade das transferências de preços aplicando-se o princípio *arm's length*:

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

Nos clássicos comentários de Klaus Vogel, está consignando em seu comentário de número 2.a em MC Commentary⁴¹ que:

“(…) sobre a subcapitalização, existe uma relação entre os acordos internacionais e as regras nacionais, que guarda vinculação com o alcance do artigo. O Comitê estima que:

a) O artigo não impede a aplicação das regras de direito interno sobre este ponto, na medida em que seu efeito consiste em assemelhar os lucros do mutuante aos que seriam realizados em uma situação de plena concorrência.

⁴¹ “[thin capitalization] As discussed in the Committee on Fiscal Affairs’ Report on Thin Capitalization, there is an interplay between tax treaties and domestic rules on thin capitalisation relevant to the scope of the Article. The Committee considers that:

a) the Article does not prevent the application of national rules on thin capitalisation insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation;

b) the Article is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm’s length rate, but also whether a prima facie loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital;

c) the application of rules designed to deal with thin capitalisation should normally not have the effect of increasing the taxable profits of the relevant domestic enterprise to more than the arm’s length profit, and that this principle should be followed in applying existing tax treaties.

b) O artigo permite determinar não só o tipo de juros previsto num contrato de empréstimo como sendo um tipo de plena competência, mas também se o que se apresenta como um empréstimo pode ser considerado como tal ou deve considerar-se como uma facilitação de fundos de outro caráter, e mais especialmente como uma participação no capital social.

c) As disposições que tratam de reduzir a subcapitalização não deveria ter normalmente como efeito elevar o importe dos lucros impositivos da empresa nacional considerada até um nível superior ao que teriam alcançado esses lucros em condições de plena competência, princípio que deveria aplicar-se nos tratados fiscais existentes.

Por fim, cumpre esclarecer que, ainda que harmônicos, a figura das regras anti-subcapitalização e do controle de preços de transferência de juros não se identificam nem se confundem. Ainda que nos dois casos trate-se de mecanismos pelos quais por meio de juros é possível fazer cumprir a transferência de riquezas tributáveis de uma jurisdição a outra, a thin capitalization tem por foco o grau de endividamento e dedutibilidade dos juros enquanto o transfer pricing visa o controle das taxas de juros (dos índices aplicáveis para determinar a rentabilidade de determinado empréstimo).

IV - SUBCAPITALIZAÇÃO COMO REGRA ESPECIAL ANTIELUSIVA:

Enquanto a subcapitalização não despertou até hoje grande interesse dos doutrinadores brasileiros, o tema do planejamento fiscal⁴² foi intensamente estudado, com discussões, ideologias e enfoques “para todos os gostos”. Ao termo, acompanham outros, tais como: elisão, elusão, evasão, fraude, simulação, interpretação econômica do direito tributário, substância versus forma, *business purpose*, intenção negocial, estruturas econômicas, todos com suas definições e entrelaçamentos.

Nos limites do presente trabalho, cabe analisar as medidas adotadas pelos Estados com o objetivo de conter planejamentos fiscais⁴³ abusivos ou elisivos que ocasionem a erosão das bases tributáveis por meio de mecanismos diversos que buscam impedir a ocorrência do fato jurídico tributário, com a instauração da relação tributária de índole obrigacional.

Para conter tais práticas, os Estados dispõem de mecanismos, dentre os quais, os mais relevantes são as cláusulas gerais antiabuso e as cláusulas específicas antiabuso. As cláusulas gerais antiabuso consistem em:

“negar desde la ley fiscal la ventaja buscada y asegurar que el ordenamiento no resultará dañado con la operación elusiva garantizando para ello la aplicación de la norma que se supone equivocada. Llevar a la práctica este esquema significa identificar primero el hecho imponible que se cree correspondía realizarse para, sobre esa base, dismantelar la operativa dispuesta por el sujeto pasivo.”

⁴² As expressões planejamento tributário e elisão tributária indicam perspectivas distintas do mesmo fenômeno. “Planejamento” é a atividade exercida pelo contribuinte, enquanto “elisão” é o efeito de submeter-se a uma menor carga tributária

⁴³ Tomando aqui o termo “planejamento” com conotação negativa.

Inúmeras legislações dispõem da previsão de uma cláusula geral antielusão, a exemplo da Alemanha (parágrafo 42 do Código Tributário Alemão), Itália (artigo 37-bis do Decreto nº 600), Inglaterra (precedente Duke of Westminster), Espanha (artigo 13 a 15 da *Ley General Tributaria*), França (art. 64 das *Livres des Procédures Fiscales*), Portugal (art. 38 nº 2 da Lei Geral Tributária), Bélgica (art. 344 do Código dos Impostos sobre as Rendas) dentre outros.

No Brasil, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, introduziu o parágrafo único do artigo 116 que tem sido vista como consagradora de uma norma geral para combater práticas elisivas:

“art. 116. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”

Por meio dessa norma, parte das autoridades fiscais tem encontrado fundamento legal para aplicar, indistintamente, a regra de desconsideração dos atos e, conseqüente tributação dos fatos jurídicos dissimulados. No entanto, grande parte da doutrina se opôs ao termos gerais dessa chamada norma geral antielusão, a exemplo de Marco Aurélio Greco que defendeu:

“(...) é norma de eficácia limitada; portanto, só irá adquirir plena eficácia quando vier a ser integrado pela lei ordinária nele prevista (...)

Conforme leciona o continuamente precitado Heleno Torres⁴⁴:

“A utilização de uma regra geral sobre abuso de direito é mais vantajosa para o Estado, na medida em que permite a este identificar as situações elisivas baseando-se no tratamento econômico ou no princípio da equivalência, pelo que a tributação

⁴⁴ TORRES, Heleno. Op. cit. pg. 528.

tomará em conta a circunstância fática que se produziria em um caso correspondente, arm's length.”

Contudo é norma de difícil aplicação, pelo que as principais estruturas consagradamente elisivas (dentre as quais se inclui a subcapitalização) acabaram por ser desmanteladas fiscalmente com base na caracterização de fraude ou simulação.

Marco Aurélio Greco em sua obra “Planejamento Tributário”⁴⁵, sob a rubrica de “operações preocupantes”, aborda em capítulo próprio as estruturas consideradas como mais susceptíveis a atos elisivos, afirmando com respeito ao “empréstimo ao invés de investimento” que:

“Embora o tema possa ser enfrentado por legislação específica, a simples existência de desproporção pode ser indicativa de abusividade na utilização do direito de negociar empréstimos. o que recomenda especial atenção.”

Ainda assim, é defensável que a partir de então, o ordenamento brasileiro passou de país desprovido de regulamentação sobre o assunto a uma posição de país dotado de cláusulas gerais antielisivas aplicáveis, também, à subcapitalização.

Ante as dificuldades impostas na aplicação das normas gerais de antiabuso, surgiram as chamadas regras especiais antiabusivas com o objetivo de determinar de maneira específica e positiva os fatos considerados como simulados ou abusivos. Dessa forma, criaram-se ficções e presunções que reduziram a discricionariedade das autoridades fiscais, de um lado, e aumentaram os instrumentos jurídicos necessários para a autuação desses, do outro.

Em sentido abstrato, as cláusulas antielisivas específicas:

⁴⁵ GRECO, Marco Aurélio. “Planejamento Tributário”, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2008, pg. 391 e ssg.

“una de las principales características de las cláusulas específicas antielusión es su carácter sectorial, esto es, se prevén en un tributo concreto y, generalmente, para un tipo de operaciones determinadas. Por el contrario, según se ha visto, las cláusulas generales rigen para todo el ordenamiento y, por ello mismo, tanto pueden ser aplicadas a cada tributo como en otro.”

Com a introdução dessa novas regras, dentro da conceituação de Heleno Torres, a que fizemos referência no início de nosso trabalho, alcançamos o status de país que possui uma regulamentação sobre subcapitalização regida por disposições especiais. O mesmo doutrinador, ao avaliar criticamente a aplicação de regra específicas antiabuso acaba por afirmar que:

“Várias são as regras especiais predispostas para o controle da subcapitalização, podendo estas serem usadas em conjunto ou separadamente. Tais regras especiais permitem maior segurança jurídica para os contribuintes, pela certeza do direito que ofertam, além de favorecer a preparação dos seus planejamentos tributários em face dos casos típicos”.

“Por se tratar de um conceito de direito positivo, somente a lei poderá estabelecer, porquanto o “estado de subcapitalização” apresenta-se como um conceito objetivo, a partir da aplicação de uma regra-geral anti-abuso ou de regras específicas, com a adoção de um coeficiente apto a mensurar a relação proporcional entre o capital da empresa e o endividamento líquido remunerado.”

CONCLUSÃO:

Vimos ao longo do presente trabalho que as novas regras de controle fiscal da subcapitalização de empresas brasileiras vinculadas a empresas estrangeiras reduziram objetivamente os limites de planejamentos fiscais (lícitos ou ilícitos) no âmbito do financiamento externo.

Valendo-se da experiência internacional, as *thin capitalization rules* brasileiras incorporaram o posicionamentos “*pro Fisco*” de temas polêmicos como o endividamento indireto, as modalidades de financiamento submetidas, etc., precavendo-se assim da litigiosidade administrativa e judicial que poderia derivar de tais temas.

O novo instituto representa mais uma cláusula antielisiva específica introduzida no ordenamento para conferir maior efetividade à atuação das autoridades fiscais, haja vista a dificuldade encontrada na aplicação da controversa cláusula geral antiabuso.

Em certa medida, a introdução das regras de subcapitalização não representa uma mera incorporação/reprodução de normas já aplicadas em outras jurisdições, como uma imitação. Representa os efeitos do *status* que o Brasil tem assumido nos últimos anos, de país com uma economia cada vez mais sólida em confronto com as intempéries econômico-financeiros mundiais e atraente para potenciais e importantes investimentos externos.

Alcançamos a compreensão de que um país que atrai investimentos também tem que conservar a base tributável decorrentes desses fluxos, não bastando a concessão de benefícios que estimulem a formação de capital próprio das empresas às custas de perdas fiscais, a exemplo do instituto do juro sobre o capital próprio, mas também a imposição de limites para

a escolha da forma como esses recursos ingressarão no país, para a preservação das receitas tributárias delas decorrentes.

Apesar da assimilação das polêmicas, as regras ainda oferecem inúmeras lacunas que somente serão colimadas com a experiência concreta no substrato socioeconômico brasileiro. A criação de mais uma presunção legal *iuris et iure* como o coeficiente de endividamento, sem a possibilidade de prova de outro coeficiente por parte do fisco resulta em um mal uso do princípio da praticidade, em detrimento de princípios constitucionais. A consideração dos juros como despesas indedutíveis acaba por gerar inúmeras situações de dupla tributação. Tais acomodações são inevitáveis e decorrem tanto da dinâmica do direito quanto da própria natureza das coisas.

BIBLIOGRAFIA:

APOCALYPSE, Sidney Saraiva. Planejamento tributário no Brasil. Revista de Direito Tributário. SP:RT, 1997.

ARAMINI. Contrasto alla sottocapitalizzazione: profili di compatibilità com il diritto comunitario e Modelo OCSE, in Fiscalità Internazionale, 2004.

ARNOLD, Brian J. Deductibility of interest and other financing charges in computing income. Cahiers de droit fiscal international. Rotterdam: Kluwer/IFA, 1995.

BAKER, Philip. Double Taxation Agreements and international tax law: a manual on the OCDE model double taxation convention 1977. Londres: 1991.

BALLANCIN, Capitalizzazione sottile e finanziamenti erogati per il tramite di una stabile organizzazione, in Dialoghi dir. trib., 2004.

BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 4. ed. São Paulo, Noeses, 2007

BLANCO, Andrés; GARCÍA PELETEIRO, Daniel. Aspectos fiscales de la subcapitalización. Revista Tributaria. Montevideo: IUET, 1996.

BONISSONI – ETTORRE. Capitalizzazione sottile e fusione a seguito di acquisizione com indebitamento (c.d. merger leveraged buy out) – ulteriori spunti di riflessione, in Dialoghi dir. trib., 2004.

BRAVO CUCCI, Jorge. La subcapitalización de sociedades em el Peru: Breve Reflexiones. Lima: 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método, 2ª ed. São Paulo Noeses 2008

CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco. La subcapitalización, In: Impuesto sobre sociedades.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, Curso de direito tributário brasileiro, 2. Ed. RJ: Forense, 1999.

COUZIN, Robert. Corporate Residence and International Taxation, Amsterdam, 2002.

DRAGONETTI, Alessandro Valerio Piacentini Anna Sfondrini - Manuale di fiscalità internazionale - III Edizione - 2008 - IPSOA - Gruppo Wolters Kluwer

DUARTE, Pinto Rui. A subcapitalização das sociedades no direito comercial, Fisco ns. 76/77, págs. 55-64.

FERREIRA, Rogério Fernandes. O enquadramento fiscal da subcapitalização das empresas – Relatório Geral. XIX Jornadas Iation-Americanas de Direito Tributário – Relatórios Gerais. Lisboa: AFP/ILADT, 1998.

GARBARINO, Carlo. Manuale di tassazione Internazionale, Milano: IPSOA, 2006.

_____. La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle poste del patrimonio netto. Milano: Giuffré, 1993.

GONZÁLEZ POVEDA, Victoriano. La subcapitalización: um problema nuevo del impuesto sobre sociedades. Impuestos. Barcelona: s/e, 1992.

GUERREIRO, Rutnéia Navarro, Juros sobre o capital. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. Imposto de renda: alterações fundamentais. SP: Dialética, 1996.

JACKSON, Brian. Thin Capitalization. European Taxation. Amsterdam: IBFD, 1990.

LOUSA, Maria dos Prazeres. Novo regime fiscal da subcapitalização de empresas, Fisco ns. 76/77, Lisboa.

LUQUE BUSTAMANTE, Javier. La subcapitalización de sociedades y sus efectos tributarios. Gestion – Pagina especializada. Lima: 04.06.1997.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de Oliveira. Enquadramento fiscal da subcapitalização das empresas in Revista Dialética de Direito Tributário nº 41, 1999.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões.”Imposto sobre a renda – Pessoas Jurídicas. RJ: Justec/Adcoas, 1979.

PILTZ, Detlev J. International aspects of thin capitalization. Cathiers de droit fiscal international. Rotterdam: Kluwer/IFA, 1995.

PISTONE, Antonio. “La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati.” Padova: CEDAM, 1994.

ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação Internacional sem Sujeito Passivo: uma Nova Modalidade do Imposto de Renda sobre Ganhos de Capital?, in Grandes Questões de Direito Tributário, 10º volume, coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Bitributação Internacional. Verbete do vol. 11 da Enciclopédia Saraiva de Direito.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Severino. Juros sobre o capital próprio (art. 9º da Lei 9.249/95) – Aspectos tributários e questões societárias. Revista Dialética de Direito Tributário. SP: Dialética, 1997.

TESAURO, Francesco. Istituzioni di diritto tributario. Torino: UTET, 1989

TORRES, Heleno. Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas. - 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Direito Tributário e Direito Privado. SP: RT, 2003

_____. Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. (org.) Direito Tributário Internacional Aplicado. São Paulo: Quartier Latin, v. I, II, III e IV, 2003, 2004, 2005 e 2006;

UCKMAR, Victor (Coord.). Corso di diritto tributario internazionale. II edizione, Padova: CEDAM, 2006, II v.;

VAN RAAD, Kees – Materials on International EC Tax Law (2ª Ed.), 2 volss. Leiden, 2002.

VOGEL, Klaus. On Double Taxation: a Commentary to the OCDE-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital with Particular reference to German Treaty Practice. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil, 6ª ed., atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.