

**AS REGRAS BRASILEIRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO: MAIS UM CRITÉRIO PARA A
DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS DE JUROS?***

Phelippe Toled o Pires de Oliveira**

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar as regras brasileiras de subcapitalização. Inicialmente, busca-se esclarecer o significado de subcapitalização. Para tanto, procura-se estabelecer algumas diferenças quanto ao tratamento existente entre investimento em capital social e o investimento por empréstimo. Após, examina-se o tratamento tributário dos juros e dividendos no Brasil, esclarecendo a vantagem, sob o aspecto tributário, de se efetuar investimento em empréstimo. Em seguida, são feitas algumas considerações em relação à solução brasileira dos juros como capital próprio como forma de incentivo ao investimento sob a forma de capital social. A partir de então, analisam-se as regras brasileiras de subcapitalização introduzidas pela Lei nº 12.249/2010 e suas especificidades. Após, efetua-se uma comparação entre as regras de subcapitalização e aquelas de preços de transferência no que tange aos juros. Em seguida, é analisada a questão da eventual requalificação dos juros decorrentes do endividamento excessivo como dividendos. Por fim, conclui-se que as regras de subcapitalização não seriam mais um critério para dedutibilidade das despesas de juros, na visão das autoridades fiscais. Tais normas tiveram por mérito, entretanto, estabelecer critérios objetivos que garantem maior segurança jurídica aos contribuintes.

Palavras-chave: Tributação. Dedutibilidade. Regras de subcapitalização.

ABSTRACT: The present article aims to analyze the Brazilian thin capitalization rules. Initially, we try to clarify the meaning of thin capitalization. For that purpose, we look at the differences for an investing company between investing by means of equity and debt. After, we examine the tax treatment of interests and dividends in Brazil highlighting the advantages of the former

* Artigo recebido em: 17/06/2015

Artigo aceito em: 29/06/2015

** Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Paris I Sorbonne e pela Universidade de São Paulo. Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo. E-mail: phelippe.oliveira@pgfn.gov.br

over the latter for tax purposes. We then analyze the Brazilian solution of interest on net equity as a way to encourage investment in equity. Next, we analyze the Brazilian thin capitalization rules introduced by Law 12,249/2010. Afterwards, we try to make a comparison between the Brazilian thin capitalization rules and those of transfer pricing applicable to interests. We then analyze the possible reclassification of excessive interests as dividends. Finally, we conclude that the Brazilian thin capitalization rules are not a new criterion for deductibility of interests according to Brazilian tax authorities. However, such rules have established objective criteria to ensure greater legal certainty for taxpayers.

Keywords: Taxation. Deductibility. Thin capitalization rules.

1. Considerações iniciais

A subcapitalização das empresas consiste na desproporção entre o investimento em empréstimo e capital social. Uma empresa é considerada subcapitalizada quando seus recursos são aportados predominantemente sob a forma de empréstimos ao invés de capital social. Porém, normalmente, isso não basta. Para que se configure a subcapitalização, necessário ainda que os empréstimos tenham se dado com partes relacionadas. Quer dizer, haverá subcapitalização quando o capital social de uma sociedade for desproporcional aos empréstimos por ela obtidos de pessoas vinculadas.

A subcapitalização, portanto, identifica as situações em que uma sociedade tem um capital social inadequado em relação ao volume de negócios que efetua e em proporção aos empréstimos que obtém com pessoas vinculadas. Na subcapitalização, o financiamento da sociedade investida ocorre predominantemente através de empréstimos com partes relacionadas, ao invés de integralização de capital, chegando a um nível de endividamento superior ao

que ela obteria em condições normais de mercado.¹ Isso pode ocorrer por razões tributárias ou não tributárias.

Diversas são as razões para que o investidor opte por uma forma de investimento em detrimento de outra. Optando por investir por meio de capital social, o investidor será acionista/quotista da sociedade, sendo remunerado por meio de dividendos, quando e somente, se a empresa investida obtiver lucro. Quer dizer, o rendimento do sócio estaria condicionado à obtenção de lucro pela sociedade. Por outro lado, optando por investir por intermédio de empréstimo, o investidor será credor da sociedade, sendo remunerado por juros, independentemente de a sociedade auferir ou não lucros.

Outro fator importante consiste na limitação da responsabilidade. Os valores investidos em capital social servirão como limite de responsabilidade para saldar eventuais dívidas da sociedade. O sócio, nessa hipótese, participa do risco do negócio até o limite do capital social subscrito e integralizado. Quanto maior o capital integralizado, maior será a garantia dos terceiros credores. Já no investimento em empréstimo, os valores aportados à sociedade, em regra, não servirão para suportar as dívidas com terceiros. O investidor será também um credor da sociedade, muitas vezes, em igualdade de condições com os demais credores na hipótese de falência.

Ademais, deve-se levar em consideração que, do ponto de vista societário, o investimento em capital é muito mais burocrático. É que, em regra, o aumento de capital pressupõe uma série de atos societários que dificultam, e por vezes retardam, a sua implementação; o mesmo ocorre em relação à redução de capital e o retorno desses valores ao sócio-investidor. O investimento em empréstimo, por sua vez, seria mais simples e flexível de se

¹ TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 511.

realizar, prescindindo das formalidades inerentes ao aumento/redução de capital.²

Por fim, porém não menos importante, pode-se citar que o investimento em empréstimo permite que o investidor aporte capital em mercados regulados, onde existe um limite máximo de participação societária estrangeira. Isso porque, havendo previsão de percentual máximo para participação estrangeira, determinado investidor que já estivesse nesse limite poderia aportar mais recursos para a sociedade investida por meio de empréstimo, sem que, com isso, exceda o limite estabelecido na legislação em relação à participação societária.

Essa diferenciação de tratamento também tem relevância, do ponto de vista tributário, na medida em que o tratamento fiscal dado ao rendimento decorrente do investimento em capital social (dividendos) muitas vezes é distinto daquele dado ao rendimento derivado do empréstimo (juros). E, considerando que os juros normalmente estão sujeitos a uma menor tributação no país de fonte do que os dividendos, muitas empresas optam por investir em empréstimo ao invés de capital social. Esses aspectos serão analisados a seguir.

2. O tratamento fiscal dos juros e dos dividendos no Brasil

Os juros são normalmente considerados como despesas dedutíveis para fins de tributação sobre a renda, reduzindo a base tributável da sociedade que os paga. Porém, de acordo com o disposto no art. 47 da Lei nº 4.506/64, para que possam ser deduzidas da base de cálculo da empresa no Brasil, imprescindível que as despesas de juros – assim como toda e qualquer outra

² PLITZ, Detlev J. International Aspects of Thin Capitalization: General Report. In: **Cahiers de Droit Fiscal International**, vol. LXXIb, International Fiscal Association, 1994, p. 92.

despesa – sejam consideradas ‘necessárias’ e ‘usuais’ às atividades da empresa e à manutenção da sua fonte de produção.

As autoridades fiscais brasileiras normalmente consideram como dedutíveis as despesas de juros decorrentes de contrato de empréstimos, porém isso ocorre numa análise caso a caso, já que a legislação não dá maiores detalhes ou instruções em relação à dedutibilidade desses valores.³ Assim, pois, considerando uma tributação sobre a renda das pessoas jurídicas em torno de 34% (15% de IRPJ + 10% de adicional ao IRPJ + 9% de CSLL),⁴ diz-se que os pagamentos de juros em razão de empréstimos são dedutíveis no Brasil a esse mesmo patamar.

Ademais, os juros pagos em decorrência de investimento por meio de empréstimos podem estar sujeitos à alíquota de IR fonte quando de seu pagamento ou crédito ao credor/investidor não-residente. De acordo com a legislação brasileira atualmente em vigor, esses pagamentos, em regra, estão sujeitos a IR fonte à alíquota de 15%, sendo essa alíquota aumentada para 25% se o credor/investidor no exterior for residente em um país com tributação favorecida ou considerado como regime fiscal privilegiado, de acordo com a legislação brasileira.⁵

Por outro lado, conforme mencionado acima, os dividendos distribuídos por uma sociedade são pagos a partir do seu lucro líquido após a tributação. Quer dizer, considerando que os dividendos não são dedutíveis para fins de

³ ULHÔA CANTO, Christian Clarke de; ULHÔA CANTO, Pedro Vianna de. New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations. In: **Cahiers de Droit Fiscal International**, v. 93b, International Fiscal Association, 2008, p. 155.

⁴ Note que apesar do ‘imposto de renda das pessoas jurídicas’ (IRPJ) e da ‘contribuição social sobre o lucro líquido’ (CSLL) serem tributos distintos, suas bases de cálculo se assemelham, de tal forma que é comum dizer que a tributação sobre renda das pessoas jurídicas no Brasil é de 34%. É claro que, no caso específico, tem-se que analisar a eventual aplicação do adicional de IR, bem como eventuais diferenças para apuração do IRPJ e da CSLL.

⁵ Para uma relação dos países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, vide Instrução Normativa RFB nº 1.037/10, de 04.06.2010 (com alterações posteriores).

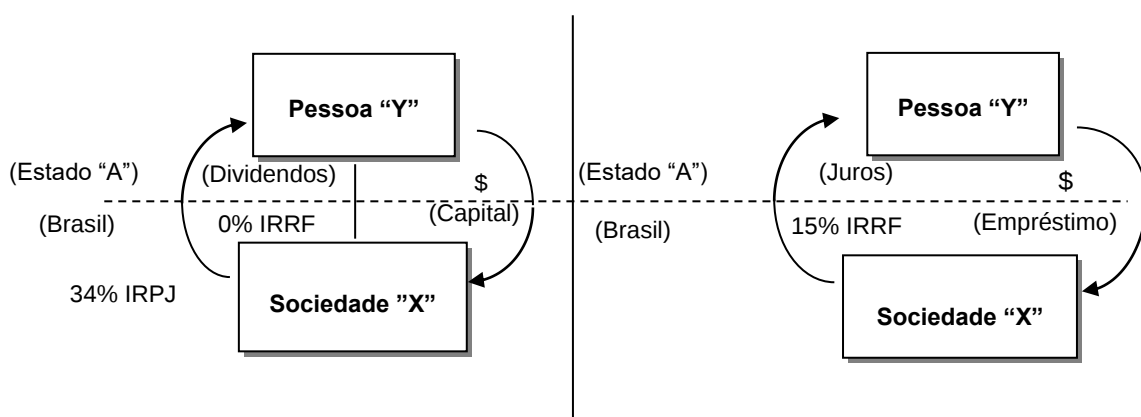
tributação sobre a renda, pode-se dizer que eles são pré-tributados pela alíquota de imposto de renda aplicável no país. No Brasil, para as empresas sujeitas ao lucro real, a alíquota aplicável é de aproximadamente 34%. Isso significa que os valores a serem pagos a título de dividendos já sofreram uma tributação de 34%.

Além disso, os dividendos, eventualmente, poderiam se sujeitar ao IR fonte quando de sua distribuição ao sócio/investidor. Porém, com o advento da Lei nº 9.249/95, a legislação brasileira dispôs que os lucros ou dividendos apurados a partir de 1996 não estariam sujeitos à incidência de IR fonte. Isso fez com que se diminuísse a tributação sobre o investimento em capital, dado que, se houvesse IR fonte sobre a distribuição de dividendos, a tributação sobre capital seria ainda maior.

Em resumo, podemos dizer que, no Brasil, a opção pelo investimento em empréstimo permite, geralmente, a dedução dos juros, mas sujeita suas remessas à alíquota de 15% de IR fonte. Por outro lado, a opção pelo investimento em capital não permite a dedução dos dividendos (os dividendos distribuídos encontram-se pré-tributados a 34% do seu valor), mas não sujeita sua distribuição a IR fonte. Vejamos a seguir um exemplo da tributação incidente em cada uma dessas modalidades de investimento quando a sociedade-investida estiver no Brasil:

1ª Hipótese - Capital

2ª Hipótese – Empréstimo



Nessa hipótese, portanto, verifica-se que a opção pelo empréstimo acarreta uma economia tributária de 19% (34% menos 15%) no Brasil. Por essa razão é que alguns grupos empresariais optam por essa modalidade de investimento. É também por essa razão que o Brasil buscou desestimulá-la: (i) num primeiro momento, pela criação dos juros sobre o capital próprio, que permitem a dedução de rendimentos sobre o capital, como se juros fossem; e (ii) mais recentemente, pela adoção das regras de subcapitalização, que permitem considerar como indedutíveis os juros pagos em decorrência de empréstimos considerados excessivos.

3. A solução brasileira dos juros sobre o capital próprio

Do ponto de vista tributário, até 1995, a opção de obtenção de recursos por meio de financiamentos e empréstimos, ao invés de integralização de capital social, era de fato mais vantajosa para o contribuinte. É que, conforme já visto, a remuneração do investidor-credor por meio de juros acarretava uma economia tributária se comparada à remuneração por dividendos, quanto mais que os dividendos, à época, não eram isentos de tributação. Assim é que, sendo a opção por investimento em empréstimo mais vantajosa para o contribuinte

em termos de carga tributária, o Brasil optou por estimular o investimento em capital.⁶

Com o advento da Lei nº 9.249/95, houve um incentivo ao investimento em capital social. Passou-se a permitir que as sociedades deduzissem, na determinação do lucro real, o valor dos juros pagos ao sócio/acionista para efeito de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido, limitados à Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP). Quer dizer, a partir da edição desta lei, a sociedade poderia reduzir de sua base tributável os valores pagos como remuneração do capital investido pelo sócio ou acionista, a título de 'juros sobre o capital próprio' (JCP).

Muito se discutiu quanto à natureza jurídica dos JCPs, isto é, se seriam tipicamente juros e teriam natureza de remuneração em contrapartida de empréstimos ou se estes seriam uma remuneração do capital social, a exemplo do pagamento dos dividendos. Essa classificação é de suma importância até mesmo para a aplicação das disposições dos tratados internacionais para evitar a bi-tributação. Qualificando-se como dividendos, aplicar-se-ia o disposto no art. 10 dos tratados. Por sua vez, enquadrando-se como juros, inserem-se no art. 11 dos tratados.

Analisando os conceitos de 'dividendos' e 'juros' previstos no Direito Comercial e Civil, tem-se que os JCPs mais se assemelham à remuneração pelo capital social investido pelo sócio (dividendos) do que uma retribuição pelo empréstimo concedido (juros). É que, de acordo com a doutrina comercial, 'dividendo' é o montante do lucro dividido pelo número de ações. É a parcela do lucro relativa a cada ação que será paga ao acionista, em retribuição ao

⁶ Importante notar que a opção do contribuinte pelo investimento em empréstimo ou por meio de capital não depende somente da tributação, havendo outros aspectos que devem ser levados em consideração (e.g. societários, comerciais, contábeis). Ademais, do ponto de vista tributário, deve-se considerar não somente a tributação no Estado de residência da sociedade investida, como também a tributação desses rendimentos no Estado de residência do investidor.

capital investido.⁷ Por sua vez, 'juros' são as frutificações de capital colocado à disposição de terceiros, ou seja, o rendimento de uma obrigação assumida entre partes, sendo calculados sobre quantia fixa (principal).

Em conformidade com o disposto na Lei nº 9.249/95, tem-se que os JCPs são pagos "a título de remuneração do capital próprio", e estão condicionados à existência de lucros. Ademais, note-se que os valores pagos a título de JCP poderão ser imputados ao valor dos dividendos obrigatórios. Esses elementos parecem apontar para que os 'juros sobre capital próprio' são típicos pagamentos em contrapartida do capital integralizado na sociedade, embora sujeitos a regime fiscal distinto. Têm eles natureza típica de remuneração do capital social, tendo em vista tratar-se de uma antecipação dos lucros que poderão ser distribuídos aos sócios/acionistas.

Heleno Torres destaca que os 'juros sobre capital próprio' têm características que lhe dão autonomia em relação aos conceitos de juros e de dividendos, destacando que, mesmo que nominalmente definido como 'juro', o pagamento de JCP representa uma remuneração ao sócio pelo capital investido, devendo-se qualificá-lo como distribuição de resultados, numa espécie de dividendo *com regime especial*. Para ele, o fato de os 'juros sobre capital próprio' (i) somente poderem ser pagos quando apurado lucro no período; (ii) seu pagamento ser opcional; (iii) ser aplicável a dedutibilidade dos montantes distribuídos à apuração do lucro da entidade; (iv) poderem ser compensados com dividendos obrigatórios, segundo o previsto na Lei das S/A.; e (v) estarem sujeitos à tributação à alíquota de 15%, a título definitivo ou de antecipação, revelaria as principais características dos juros sobre capital próprio.⁸

⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 3, p. 201.

⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. Juros sobre capital próprio – autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**, vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, p. 350.

Comentando o assunto, Modesto Carvalhosa também sustenta que “os juros calculados sobre o capital próprio pagos ou creditados ao acionista constituem inequivocamente distribuição de resultado, integrando o valor total pago como dividendos”.⁹ No mesmo sentido parece ser o entendimento de Alberto Xavier. De acordo com o ilustre professor “[o] ‘juro sobre o capital’ outra coisa não é que um resultado distribuível da companhia sujeito a regime fiscal especial”.¹⁰

Em sentido contrário, porém, destaca-se a Decisão nº 400, de 17 de outubro de 1997, proferida pela 8ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil. Analisando uma situação na qual os juros sobre o capital próprio foram pagos por empresa brasileira a sócio situado no Japão, referida decisão entendeu que os ‘juros sobre capital próprio’ não têm natureza de dividendos, não se enquadrando, portanto, nas disposições do artigo 10 do acordo para evitar a bi-tributação celebrado entre o Brasil e aquele país.¹¹

Independentemente da divergência suscitada em relação à natureza jurídica dos JCPs, o fato é que a Lei nº 9.249/95 trouxe um atrativo fiscal para as sociedades nos casos de investimentos em capital social, na medida em que passou a considerar como dedutíveis as despesas com a remuneração do capital de seus sócios/acionistas. Em última análise, essa dedutibilidade representa uma redução do custo do capital social empregado pelo acionista e

⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1, p. 137-139.

¹⁰ XAVIER, Alberto. Natureza jurídico-tributária dos “juros sobre capital próprio” face à lei interna e aos tratados internacionais. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 21. São Paulo: Dialética, 1997, p. 8.

¹¹ “ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE APLICÁVEL NO CASO DE JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO PAGOS A RESIDENTE NO JAPÃO. Os juros a que se refere o artigo 9º da Lei nº 9.249/95, pagos ou creditados, a título de remuneração de capital próprio, a sócio residente no Japão, não se enquadram na hipótese prevista no artigo 10 da Convenção destinada a evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, firmada entre o Brasil e aquele País” (SRF-8ªRF, Decisão nº 400, de 17.10.1997).

mais um elemento a ser considerado quando da análise de qual a melhor forma de se investir em uma sociedade brasileira.

Assim, considerando que, do ponto de vista tributário, o investimento em empréstimo era mais vantajoso do que o investimento em capital social, a previsão de dedutibilidade dos 'juros sobre capital próprio' pela Lei nº 9.249/95 veio como forma de estimular ou incentivar a captação de recursos próprios (investimento por meio de aumento do capital social) em oposição aos recursos de terceiros (investimento por intermédio de empréstimo). Essa, inclusive, foi a fundamentação refletida na Exposição de Motivos da Lei nº 9.249/95.¹²

Nesse sentido, Heleno Tôrres observa que a dedutibilidade do 'juro sobre capital próprio' visa a desencorajar o recurso à contratação de empréstimos com terceiros, substituindo-os por um incentivo aos acionistas para que reforcem o capital das empresas com recursos próprios. Trata-se de medida útil para aumentar a liquidez das empresas e promover a formação do capital próprio, em lugar de fomentar o capital obtido por meio de

¹² “(...) 10. Com vistas a equiparar a tributação dos diversos tipos de rendimentos de capital, o Projeto introduz a possibilidade de remuneração do capital próprio investido na atividade produtiva, permitindo a dedução dos juros pagos ao 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 tributos 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. 9º a 12, § 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.

11. A permissão da dedução de juros pagos ao acionista, até o limite proposta, em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras, capacitando-as a elevar o nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia. Objetivo a ser atingido mediante a adoção de política tributária moderna compatível com aquela praticada pelos demais países emergentes, que competem com o Brasil na captação e recursos internacionais para investimento”.

empréstimo.¹³ Hiromi Higuchi também pondera que os 'juros sobre o capital próprio' foram instituídos para dar isonomia entre o capital de terceiros e o capital próprio em termos de dedutibilidade da remuneração.¹⁴

Portanto, sendo a obtenção de recursos por meio de financiamentos e empréstimos, ao invés de integralização de capital social, mais vantajosa para o contribuinte, na medida em que acarretava uma economia tributária de 19% (diferença entre a tributação dos juros: 15% IRRF; e a tributação dos dividendos: 34% IRPJ), o legislador brasileiro optou, à época, ao invés de limitar o investimento em empréstimos de seus sócios/acionistas, estimular, mediante a introdução de vantagem fiscal, a obtenção de investimento mediante aumento de capital.

Porém, aparentemente, esse incentivo fiscal não foi suficiente para inibir a forma de financiamento mediante empréstimo, razão pela qual foram introduzidas regras de subcapitalização, nitidamente para desestimular essa forma de investimento.

4. As regras brasileiras de subcapitalização

Conforme dito acima, a política brasileira de estimular o investimento em capital social em detrimento do investimento por meio de empréstimos estava refletida apenas nas disposições previstas na Lei nº 9.249/95 relacionadas aos juros sobre capital próprio (JCPs). Além destas disposições, não havia outra

¹³ TÔRRES, Heleno Taveira. Juros sobre capital próprio – autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário Internacional Aplicado**, vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, p. 350.

¹⁴ HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de Renda das Empresas**. São Paulo: IR Publicações Ltda. 35ª ed., 2010, p. 117.

norma no ordenamento jurídico que revelasse a intenção do governo de privilegiar o investimento na forma de integralização de capital social.¹⁵

Da mesma forma, com exceção das regras de preço de transferência, não havia qualquer norma na legislação interna que limitasse expressamente as despesas de juros incorridas pela pessoa jurídica para pagamento de empréstimos a partes relacionadas (com destaque apenas para a previsão então existente na legislação societária – art. 60 da Lei nº 6.404/76 – que vedava a emissão de debêntures em montante superior ao capital social da sociedade e que foi revogado pela Lei nº 12.431/2011).

A regra geral de dedutibilidade das despesas, de acordo com a qual são dedutíveis as despesas 'usuais' e 'necessárias' às atividades das empresas, prevista no art. 47 da Lei nº 4.506/74 e a regra específica de dedutibilidade de juros prevista no art. 17, §1º, do Decreto nº 1.598/77 resultava na presunção de que as despesas de juros poderiam ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Competia ao fisco, caso a caso, comprovar que existiam outros fundamentos suficientes para determinar a glosa dos juros pagos pelos contribuintes.

Assim, com exceção dessas regras gerais, não havia, no Brasil, norma específica que tratasse das hipóteses de endividamento excessivo da sociedade perante seus sócios. Não havia limitação da dedutibilidade de despesas quando o nível de endividamento se mostrasse desproporcional ao valor do capital social da sociedade: em outras palavras, não existiam regras específicas de subcapitalização.¹⁶

¹⁵ CEZAROTI, Guilherme. Subcapitalização de Empresas. In: **Direito Tributário Atual**, nº 18. São Paulo: IBDT, 2004, p.173.

¹⁶ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 41, São Paulo, 1999, p. 21; CEZAROTI, Guilherme. Subcapitalização de Empresas. In: **Direito Tributário Atual**, nº 18. São Paulo: IBDT, 2004, p. 175; e RIBEIRO, Antonio Carlos Silva. Aspectos Tributários da
ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

A disciplina da subcapitalização somente foi introduzida no Brasil com a edição da Medida Provisória 472, de 15 de dezembro de 2009, posteriormente convertida na Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, que trouxe dois artigos – arts. 24 e 25 – tratando do tema. De acordo com estas disposições legais, as despesas com juros só serão dedutíveis se o coeficiente de endividamento da pessoa jurídica em relação ao valor do capital social/patrimônio líquido for inferior ao estabelecido pela lei.

Portanto, a Lei nº 12.249/10 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer, pela primeira vez, uma limitação objetiva à dedutibilidade dos juros incorridos por pessoa jurídica com base na desproporção entre o seu grau de endividamento e o seu capital social/patrimônio líquido. Além do incentivo ao investimento em capital social através da figura dos 'juros sobre o capital próprio', foram criadas regras específicas desestimulando o investimento por meio de empréstimos com partes relacionadas.

O intuito da legislação de evitar a captação de recursos externos mediante a obtenção de empréstimos e, assim, evitar o aproveitamento de juros supostamente excessivos para reduzir a base de cálculo do IRPJ e CSLL da sociedade brasileira é evidente. Na Exposição de Motivos que acompanha o projeto da Medida Provisória está expressamente consignado que as disposições visam a evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo junto à pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais.¹⁷

A justificativa é que a pessoa situada no exterior, ao investir em pessoa jurídica no Brasil, pode efetuar uma capitalização de valor irrisório, substituindo o investimento na modalidade de capital social pela concessão de empréstimo,

subcapitalização no sistema jurídico alemão e brasileiro. In: **Revista de Direito Tributário Internacional**, nº 9, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 11.

¹⁷ Cf. item 29-30 da Exposição de Motivos nº 180/2009 da MP 472/09, convertida na Lei nº 12.249/10.

que gerará, artificialmente, juros, reduzindo os resultados tributáveis da empresa brasileira. E isso porque, conforme já visto anteriormente, o tratamento tributário da remuneração pelo capital social (dividendos) é diferente daquele da remuneração do investimento por meio de empréstimo (juros), este último acarretando, desconsiderada a dedução dos juros sobre capital próprio, uma economia fiscal de aproximadamente 19%.

Em síntese, reconhecendo a vantagem fiscal dos juros em relação aos dividendos e com o intuito de se evitar que a empresa brasileira reduza seu resultado tributável pela dedução de juros relacionados ao empréstimo contratado, estabeleceu-se um limite, tornando a despesa que exceder esse limite indedutível para fins de IRPJ e CSLL. E foi assim que, em consonância com uma tendência mundial, surgiram as disposições sobre subcapitalização da Lei nº 12.249/10, melhor analisadas a seguir.

5. As disposições da Lei nº 12.249/10 sobre subcapitalização

As regras de subcapitalização previstas na Lei nº 12.249/10 foram segregadas em dois artigos: (i) art. 24, que disciplina as regras de subcapitalização nos casos em que os juros forem pagos por fonte situada no Brasil à pessoa vinculada e sediada no exterior em países *sem* regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado; e (ii) art. 25, que versa sobre as regras de subcapitalização nos casos em que os juros forem pagos por fonte situada no Brasil à pessoa sediada no exterior em países *com* regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96.

5.1. As regras do art. 24 da Lei nº 12.249/10

De acordo com o art. 24 da Lei nº 12.249/10, os juros pagos ou creditados por fonte (sociedade-investida) situada no Brasil à pessoa física ou jurídica vinculada (parte relacionada) residente ou domiciliada no exterior, *com* participação societária na fonte situada no Brasil, somente serão dedutíveis, para fins de IRPJ e CSLL, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade da empresa. Para tanto, a legislação estabeleceu que o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior não deve ser superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

Já nos casos de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior *sem* participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil,¹⁸ a dedutibilidade das despesas estará condicionada a que o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente. Isso significa que, no caso de a parte relacionada não ter participação societária na sociedade brasileira, o limite de endividamento não tem por base o valor de sua participação no patrimônio líquido, mas sim todo o patrimônio líquido da sociedade investida.

Nas duas situações, isto é: (a) contratação de empréstimo com pessoa jurídica vinculada *com* participação no capital social da pessoa jurídica residente no Brasil; e (b) contratação de empréstimo com pessoa jurídica vinculada *sem* participação no capital social da pessoa jurídica residente no Brasil, a dedutibilidade dos juros pagos estará condicionada a que o valor do somatório dos endividamentos não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica

¹⁸Art. 24, II, da Lei nº 12.249/10.
ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

residente no Brasil.¹⁹ Há, portanto, um limite individual e um limite geral de endividamento.

Em suma, considerando as regras do art. 24, os juros pagos pela fonte situada no Brasil em razão de empréstimos contraídos com pessoa vinculada no exterior serão dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL desde que:

EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO COM DOMICILIADA NO EXTERIOR	NÃO SUPEREM (Limite Individual)	NÃO SUPEREM (Limite Geral)
<i>com</i> participação societária na residente no Brasil	2 vezes o valor da participação da vinculada no PL da residente no Brasil	2 vezes o valor do somatório das participações de
<i>sem</i> participação societária na residente no Brasil	2 vezes o valor do PL da residente no Brasil	todas as vinculadas no PL da residente no Brasil

Nos termos do art. 24, §§ 5º e 6º, caso o endividamento da pessoa jurídica residente no Brasil seja exclusivamente com pessoas vinculadas que não tenham participação no capital social da empresa brasileira, a dedutibilidade das despesas de juros dependerá do fato de que o somatório dos endividamentos com todas as pessoas vinculadas e sem participação no capital social seja superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da sociedade investida.

Importante ressaltar que o conceito de pessoa vinculada, para fins de aplicação das regras de subcapitalização, é aquele previsto na legislação de

¹⁹Art. 24, III, da Lei nº 12.249/10.

preço de transferência. Assim, estarão sujeitos às regras de subcapitalização os juros decorrentes de empréstimos firmados com matriz, filial, sucursal, coligada e distribuidor com exclusividade. Enfim, qualquer empréstimo celebrado com aquelas pessoas definidas no art. 23 da Lei nº 9.430/96 como pessoas vinculadas.

5.2. As regras do art. 25 da Lei nº 12.249/10

O art. 25 da Lei nº 12.249/10, por sua vez, dispõe sobre a dedutibilidade das despesas de juros pagos por fonte situada no Brasil à pessoa residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou regime especial privilegiado. Nesse caso, as despesas só serão dedutíveis se o somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não for superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

É importante destacar que o art. 25 faz referência expressa aos artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96 quando trata dos países ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado. Assim, a regra do art. 25 está vinculada às disposições já presentes na Lei nº 9.430/96 e, conseqüentemente, a indicação, pela Receita Federal do Brasil, dos países com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.035/10.²⁰

²⁰ Nesse trabalho, tendo em vista a limitação do escopo, não serão abordadas as discussões suscitadas a partir da edição, pela Receita Federal do Brasil, da lista dos países com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados, conforme a Instrução Normativa RFB nº 1.037, de 04 de junho de 2010 (com alterações posteriores). Acerca dos países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, conferir: XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 239-263.

5.3. As disposições comuns aos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/10

Tanto nos casos de endividamento com pessoa domiciliada no exterior em países ou dependência *sem* tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, quanto nos casos de endividamento com pessoa domiciliada no exterior em países ou dependência *com* tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, algumas regras se repetem, sendo aplicáveis em ambas as hipóteses.

Inicialmente, destaca-se que, consoante o disposto no parágrafo 1º dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/10, para fins de cálculo do montante do endividamento e, conseqüentemente, do coeficiente de empréstimos/capital, serão considerados todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro no Banco Central.

Essa disposição veio para deixar claro que não tem qualquer relevância, para fins de aplicação da norma, a origem do financiamento, bem como seu prazo, sendo que mesmo empréstimos concedidos, por exemplo, por apenas 30 dias, deverão ser considerados para fins de cálculo do nível de endividamento. Além disso, esta disposição impõe que, embora o controle de preço de transferência dos empréstimos com pessoas vinculadas (art. 22 da Lei nº 9.430/96) recaísse, até 2012, tão somente sobre os contratos não registrados no Banco Central,²¹ para fins de cálculo do percentual de endividamento da pessoa jurídica, a existência do registro é irrelevante.

Importa salientar também que, nos parágrafos 2º dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/10, estabelece-se que as regras quanto à dedutibilidade das

²¹ Note que o disposto no art. 22 da Lei nº 9.430/96, que estabelecia que as regras de preços de transferência relativas aos juros pagos ou creditados a partes vinculadas somente seriam aplicáveis quando decorrentes de contratos não registrados no BACEN, foi posteriormente revogada pela Lei nº 12.715/12 (e, em sequência, pela Lei nº 12.766/12), que não fazem qualquer referência ao registro dos contratos no BACEN para fins de aplicação das regras de preços de transferência.

despesas serão aplicáveis aos casos em que a pessoa vinculada no exterior ocupar a posição de avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente nas operações de endividamento da fonte no Brasil. Tal disposição visa evitar operações que tenham por objetivo burlar os limites de endividamento com partes relacionadas por meio da interposição de instituições financeiras (ou outras empresas não vinculadas) como credoras da pessoa jurídica no Brasil, figurando a parte vinculada no exterior como garantidora do empréstimo.

Por fim, porém não menos importante, merece destaque as normas relativas à forma e ao momento de apuração do coeficiente de débito/capital. Os parágrafos 4º dos arts. 24 e 25 estabelecem que os valores do endividamento e da participação da vinculada estrangeira no patrimônio líquido da pessoa jurídica no Brasil serão apurados pela média ponderada mensal, determinando, ainda, que o percentual de endividamento será considerado por ocasião da apropriação dos respectivos juros.

Essa regra traz uma importante consequência: como o percentual de endividamento é feito periodicamente, conforme apropriação dos juros, as despesas relacionadas a um determinado contrato de empréstimo poderão ser dedutíveis ou indedutíveis ao longo do ano-calendário, a depender do cenário financeiro à época da apropriação dos respectivos juros.

É dizer, em janeiro, considerando que o endividamento da pessoa jurídica supere 2 (duas) vezes o valor de seu patrimônio, a despesa de juros poderá ser considerada indedutível da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. No mês seguinte, em razão da amortização de parte do empréstimo, o percentual de endividamento poderá ser inferior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio e as despesas de juros decorrentes do mesmo contrato de empréstimo passarão a ser consideradas dedutíveis. Ao fim do ano-calendário, caso a pessoa jurídica

assuma novo empréstimo, as despesas poderão ser novamente consideradas indedutíveis.

Essa norma impede que a pessoa jurídica consiga definir previamente quais os efeitos de um contrato de empréstimo assumido com pessoa vinculada, sendo que a dedutibilidade das despesas com juros poderá ser alterada durante o período em que perdurar o contrato, por razões estranhas a estes. Assim, pode-se dizer que o critério eleito pelo legislador para a aferição do percentual de endividamento retira um pouco da segurança jurídica do contribuinte com relação aos efeitos tributários dos negócios jurídicos por ele firmados.

Contudo, caso o legislador tivesse, por exemplo, escolhido como critério para verificação do percentual de endividamento o dia 31 de dezembro de cada ano-calendário, poderia ficar a mercê de iniciativas menos nobres dos contribuintes que, ao fim do ano-calendário, poderiam liquidar parte dos seus empréstimos ou aumentar o capital social da sociedade investida, ficando assim abaixo do coeficiente estabelecido pela legislação, apenas para restaurar a situação original no início do ano seguinte.

6. O controle distinto das regras de preço de transferência

O art. 22 da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 12.766/12) limita a dedutibilidade de juros de empréstimos pagos à pessoa vinculada no exterior ao montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada, acrescida de taxa de *spread* a ser definida por ato do Ministro da Fazenda com base na média do mercado, proporcionalmente ao período a que se referirem os respectivos juros.

Trata-se de uma regra que limita a dedutibilidade das despesas de juros a partir de uma presunção de que, além do percentual indicado na Lei nº 9.430/96, tais despesas não seriam realizadas de acordo com o princípio *arm's length*, isto é, de acordo com os critérios que seriam estabelecidos caso a operação fosse realizada em condições de mercado entre pessoas não vinculadas.²² Entretanto, a aplicação das regras de preço de transferência não afasta a aplicação das regras de subcapitalização.²³

As disposições da Lei nº 12.249/10 não se atentam para as taxas estipuladas para pagamento do empréstimo propriamente ditas. Para fins de dedutibilidade das despesas de juros de empréstimos, importa apenas a proporção existente entre o patrimônio líquido e o endividamento da pessoa jurídica, tornando-se irrelevantes as condições em que tenham sido firmados os empréstimos. Desta forma, para fins de definição da base de cálculo do IRPJ e CSLL, o contribuinte deverá observar as duas legislações, segregando a parcela das despesas de juros que, consoante um ou outro critério normativo, será considerada indedutível.

A partir de tais regras, poderá existir situação na qual os juros decorrentes de empréstimos sejam considerados indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL em razão do percentual de endividamento previsto na Lei nº 12.249/10, mas que tenham atendido às regras previstas na Lei nº 9.430/96, no tocante ao padrão de mercado. Da mesma forma, as despesas de empréstimo podem ser indedutíveis da base de cálculo de IRPJ e CSLL consoante as regras de preço de transferência e não sofrerem qualquer controle

²² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preço de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 211.

²³ No ordenamento jurídico pátrio, essa dúvida sequer merece ser suscitada, tendo em vista que a própria Lei nº 12.249/10, ao introduzir as regras de subcapitalização no direito brasileiro, estabelece que “Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei n. 9.430/96, os juros pagos ou creditados, (...) somente serão dedutíveis (...)”.

com relação às regras de subcapitalização, tendo em vista que o coeficiente de endividamento estabelecido na legislação não foi superado.

Desta feita, cabe ao contribuinte observar: (a) as regras de preços de transferência; e (b) as regras de subcapitalização, quando da apuração dos tributos.

7. A ausência de norma requalificando os rendimentos

A legislação de alguns países dispõe que, nos casos em que os juros pagos em razão de empréstimo firmado com pessoa vinculada forem excessivos, esses serão requalificados como pagamento de remuneração do capital social (dividendos), recebendo o tratamento fiscal correlato. Tal posicionamento encontra respaldo no Modelo de Convenção da OCDE (MC-OCDE) que prevê, em seu art. 11, § 6º, que as disposições da Convenção sobre juros não serão aplicáveis ao excesso de juros pagos pelo credor ao devedor vinculado. Nesse caso, a parte excedente será tributada conforme a legislação de cada país e as demais disposições da Convenção.²⁴

Nos Comentários ao MC-OCDE, consta o esclarecimento de que tal dispositivo veio justamente para inibir a aplicação das disposições sobre juros nos casos em que o montante fixado decorrer da vinculação existente entre o credor e o devedor. Trata-se de norma permitindo que aquilo que o credor chama de juros, mas que, de acordo com a legislação interna de seu país, não

²⁴ Artigo 11, § 6º, do MC-OCDE: “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”.

seja considerado juros, possa ser tratado consoante a natureza jurídica do outro rendimento.²⁵

Roberto Vasconcelos, em artigo sobre preço de transferência, destaca que os juros excessivos decorrentes de financiamento externo com os acionistas poderão ser requalificados pela lei interna (como dividendos, por exemplo), de um dos países signatários e submetidos à tributação diversa.²⁶ Os tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, via de regra, adotam o modelo do MC-OCDE e trazem a disposição mencionada acima que permite a requalificação dos juros excessivos para fins de aplicação de tratado, desde que a requalificação decorra da lei interna.

Ocorre que, na redação dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/10, o legislador pátrio ocupou-se somente em limitar a dedutibilidade das despesas com juros, mantendo, para todos os demais efeitos, a sua natureza jurídica de juros propriamente ditos. É dizer, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, o legislador brasileiro não determinou que os juros considerados excessivos, com base no parâmetro de endividamento da pessoa jurídica, fossem considerados como remuneração do capital social (dividendos).

Esse tratamento tem algumas implicações: ao remeter os valores à empresa vinculada situada no exterior, por exemplo, ainda que tais despesas superem o limite estabelecido na Lei nº 12.249/10, os valores continuarão

²⁵ Comentários ao artigo 11, § 6º, do MC-OCDE: “*Paragraph 6º. The purpose of this paragraph is to restrict the operation of the provisions concerning the taxation of interest incases 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 paid exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner had they stipulated at arm’s length. It provides that in such a case the provisions of the Article apply only to the last mentioned amount and that the excess part of the interest shall remain taxable according to the laws of the two Contracting States, due regard being had to the other provisions of the Convention.*”

²⁶ VASCONCELOS, Roberto França de. Reflexos Financeiros e Cambiais do Preço de Transferência. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord). **Tributos e Preço de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 207.

recebendo tratamento de juros sobre empréstimo, sendo que a tributação da remessa seguirá os critérios jurídicos de rendimentos dessa natureza jurídica (IRRF à alíquota de 15%; eventualmente essa alíquota será majorada para 25%, quando os juros forem pagos a residentes em países ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado).

Portanto, as disposições da Lei nº 12.249/10 estão restritas a uma limitação da dedutibilidade das despesas, não estabelecendo presunção de requalificação dos rendimentos que superem o coeficiente estabelecido na legislação. Tal tratamento poderá eventualmente implicar na indedutibilidade dos juros que excederem o coeficiente de endividamento/patrimônio líquido, porém sujeita-los à incidência de IRRF à alíquota de 15% (ou 25% quando tratar-se de residentes em países ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado).

8. A caracterização das despesas de juros como despesas não necessárias

Poderia se pensar que, ao limitar a dedutibilidade das despesas de juros decorrentes de empréstimo que excedessem determinado coeficiente entre endividamento/patrimônio líquido da base de cálculo do IRPJ e CSLL, as novas regras de subcapitalização seriam mais um critério para a dedutibilidade das despesas de juros.

O posicionamento da Receita Federal do Brasil, entretanto, parece não ser este. Antes mesmo da edição das regras de subcapitalização, as despesas de juros nos casos de endividamento excessivo com pessoa jurídica vinculada já não eram dedutíveis por não se mostrarem necessárias à atividade da empresa,

nos termos definidos no art. 47 da Lei nº 4.506/64 e art. 299 do Decreto nº 3.000/99.

As regras previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/10 seriam meros limites objetivos instituídos para conferir maior segurança jurídica aos contribuintes, e que não teriam por efeito majorar a base de cálculo dos tributos, mas apenas fixar critérios para que o contribuinte já soubesse, de antemão, quais as despesas que não seriam necessárias à sua atividade.

Esse posicionamento parece estar refletido na redação dos arts. 24 e 25:

os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil (...) somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei no 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo aos seguintes requisitos.

Portanto, o raciocínio seria o de que as despesas de juros nos casos de endividamento excessivo (assim como toda e qualquer despesa) somente seriam dedutíveis se consideradas necessárias à atividade empresarial. A partir da edição da Lei nº 12.249/10, foram estabelecidos requisitos objetivos para que as despesas de juros com partes relacionadas fossem consideradas necessárias (e, portanto, dedutíveis para fins de IRPJ e CSLL), sem que isso resultasse inovação ou majoração de tributo.

Ainda, o raciocínio de que as despesas de juros em caso de endividamento excessivo poderiam ser consideradas como não necessárias e, assim, consideradas indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL foi aplicado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no julgamento do processo administrativo nº 16327.001870/2001-42 (AC. 9101-00.287), antes mesmo da edição de qualquer regra de subcapitalização (também conhecido como “caso Colgate-Palmolive”).

Em linhas gerais, o caso tratava de auto de infração lavrado pelo fisco para exigir IRPJ e CSLL devidos sobre despesas de juros, variação cambial e IRRF relativos a contrato de empréstimo firmado entre a empresa Colgate-Palmolive com empresa controladora localizada no exterior, destinados à aquisição das ações da Kolynos.

Quando do julgamento do recurso voluntário, a Primeira Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes (antiga denominação do CARF) entendeu pela dedutibilidades dos encargos, com base nos seguintes fundamentos: (i) inexistência de regras de subcapitalização no Brasil; (ii) efetividade do empréstimo contraído; (iii) natureza de mera condução do repasse do valor para efetivação de operações societárias; (iv) possibilidade jurídica do empréstimo; e (v) tributação dos valores dos encargos creditados no exterior.

Em sede de recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, entretanto, a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, por voto de qualidade, decidiu dar provimento ao recurso por entender que as despesas de juros e variação cambial relacionadas a empréstimo firmado com sócio/acionista, quando esta dispõe de recursos para realizar investimento por intermédio de integralização de capital social, seriam desnecessárias, e, portanto, indedutíveis.²⁷

Portanto, a decisão do CARF foi no sentido que, mesmo ausentes regras jurídicas de subcapitalização na legislação interna, nos casos de endividamento excessivo com empresa controladora que dispõe de recursos para investir na sociedade brasileira mediante integralização de capital social, o empréstimo

²⁷ EMENTA: “DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. Caracterizam-se como desnecessárias e, portanto, indedutíveis do Lucro Real, as despesas de juros e variações cambiais relativas a empréstimos efetuado por meio de um contrato de mútuo, em que a mutuante é social-quotista que detém 99,99% do capital social da mutuaría e dispunha de recursos para integralizar o capital. Recurso Especial do Procurador Admitido em parte”. (Ac. 9101-00.287, j. 24.08.2009).
ISSN: 1980-1995
e-ISSN: 2318-8529

seria desnecessário. Conseqüentemente, as despesas de juros e variação cambial vinculadas não atenderiam às disposições do art. 47 da Lei nº 4.506/64 e art. 299 do Decreto nº 3.000/99, que versam sobre a necessidade das despesas para fins de sua dedutibilidade.

Independentemente de eventuais críticas que se façam a essa decisão, entendeu-se que não houve a inserção de mais um critério para a dedutibilidade dos juros. As regras de subcapitalização somente vieram a melhor delinear o critério já existente da 'necessidade' de determinada despesa. Tratando-se de empréstimos com partes relacionadas, as regras de subcapitalização permitiram que o contribuinte já soubesse, de antemão, quais as despesas que não seriam consideradas necessárias à sua atividade pelo fisco. Em tal sentido, veio para garantir maior segurança jurídica aos contribuintes.

Entretanto, talvez fosse recomendável uma alteração legislativa que permitisse que o contribuinte pudesse eventualmente alterar o seu coeficiente de endividamento em razão das suas peculiaridades ou em virtude das práticas de seu setor econômico; ou ainda que permitisse que o contribuinte pudesse ilidir a presunção de desnecessidade dos juros excessivos caso comprovasse a sua necessidade no caso específico. Tais alterações, com certeza, seriam de grande valia para o aperfeiçoamento da legislação que trata das regras de subcapitalização.

9. Conclusões

1) Normalmente, o investimento por empréstimo possui um tratamento diverso do investimento em capital social: (a) a distribuição de dividendos depende da lucratividade da empresa investida, ao passo que o pagamento de juros não; (b) o investimento em capital social é mais burocrático do aquele em

empréstimo, havendo necessidade de formalização de atos societários para aumento/redução de capital; (c) no investimento em capital, o investidor participa do risco do negócio, enquanto que, no investimento em empréstimo, o investidor é um mero credor da sociedade; e (d) o investimento em empréstimo permite participação maior em mercados regulados em que há limite de participação de acionistas/sócios estrangeiros.

2) Apesar da diferença de tratamento não tributário, muitas empresas preferem investir sob a forma de empréstimo, ao invés de capital social, em razão das vantagens fiscais dessa modalidade de investimento. É que, em geral, a tributação a que estão sujeitos os rendimentos decorrentes do empréstimo (juros) é menor do que aquela a que estão sujeitos os rendimentos do capital social (dividendos), ao menos no que concerne à carga tributária do país da sociedade investida. Isso não significa que, para o investidor estrangeiro, o investimento em empréstimo será necessariamente mais vantajoso do ponto de vista da carga tributária total. Isso porque, além da tributação no país da sociedade investida, é preciso também levar em consideração a tributação a que estarão sujeitas cada uma das modalidades de rendimentos no país do investidor.

3) O Brasil, reconhecendo a diferença de tratamento tributário dos juros e dos dividendos em consonância com sua legislação interna, bem como o fato de que a opção pelo investimento em empréstimo acarreta uma economia tributária de 19%, passou a adotar algumas medidas para reduzir a vantagem do investimento por meio de empréstimos ao invés de capital social: (i) num primeiro momento, com a criação dos JCPs pela Lei nº 9.245/95, que permitiu a dedução de rendimentos sobre o capital, como se juros fossem; (ii) mais recentemente, pela adoção das regras de subcapitalização pela Lei nº 12.249/10, que considerou como indedutíveis os juros pagos em decorrência de

empréstimos que superem o coeficiente de dívida/capital estabelecido na legislação.

4) A disciplina da subcapitalização foi introduzida no Brasil com a edição da MP nº 472/09, convertida na Lei nº 12.249/10. De acordo com os arts. 24 e 25 da *nova* legislação, as despesas com juros só serão dedutíveis se o coeficiente de endividamento da pessoa jurídica em relação ao valor de seu patrimônio líquido for inferior ao estabelecido na lei. As regras de subcapitalização brasileiras podem ser segregadas em 2 (duas): (i) aquela contida no art. 24, que disciplina as regras de subcapitalização nos casos em que os juros forem pagos por fonte no Brasil à pessoa vinculada e sediada no exterior em países *sem* regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado; (ii) aquela contida no art. 25, que versa sobre as regras de subcapitalização nos casos em que os juros forem pagos por fonte no Brasil à pessoa sediada em países *com* regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado.

5) Quando o credor se localizar em país não considerado como regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, os juros pagos ou creditados por fonte (sociedade-investida) situada no Brasil à pessoa vinculada residente ou domiciliada no exterior somente serão dedutíveis quando: (a) no caso de vinculada *com* participação societária na fonte situada no Brasil – o valor do endividamento não for superior a duas vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da sociedade investida residente no Brasil; (b) no caso de vinculada *sem* participação societária na fonte situada no Brasil – o valor do endividamento não for superior a duas vezes o valor total do patrimônio líquido da sociedade investida residente no Brasil.

6) Quando o credor se localizar em país considerado como regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, as despesas de juros

somente serão dedutíveis se o somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado não for superior a trinta por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil. Note que, sendo os juros pagos a credor localizado em país considerado como regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, não é necessário que credor e devedor sejam partes relacionadas para que se apliquem as regras de subcapitalização.

7) Como se vê, em linhas gerais, as regras de subcapitalização brasileiras adotaram um coeficiente de endividamento para capital/patrimônio líquido distinto em razão do local de residência do credor: (a) estando o credor em país não considerado como regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, o coeficiente de endividamento é de 2:1 - a1) havendo participação societária, tendo por base a sua participação no patrimônio líquido da sociedade brasileira; a2) não havendo participação societária, tendo por base o valor total do patrimônio líquido da sociedade brasileira; e (b) estando o credor em país considerado como regime de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, o coeficiente de endividamento é de aproximadamente 1:3.

8) Ao contrário do que ocorre em alguns países, as regras de subcapitalização brasileiras determinam a indedutibilidade das despesas de juros em razão de empréstimos que excedam o nível de endividamento estabelecido pela legislação. Disso decorre que, superado os coeficientes estabelecidos na legislação, os valores pagos a título de juros não terão tratamento de dividendos. Por essa razão, é improvável que venha a haver conflito entre o que dispõem os tratados para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil em relação aos juros e dividendos e as regras de subcapitalização contidas na legislação interna.

9) A aplicação das regras de subcapitalização não afasta a aplicação das regras de preço de transferência. Desta forma, poderá haver situações onde as despesas de juros sejam consideradas indedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL por superarem o coeficiente de endividamento previsto na Lei nº 12.249/10, mas que tenham atendido às regras previstas na Lei nº 9.430/96, pois que dentro dos padrões de mercado. Da mesma forma, as despesas de juros podem ser indedutíveis da base de cálculo de IRPJ e CSLL consoante as regras de preço de transferência e não sofrerem qualquer limitação em virtude das regras de subcapitalização, tendo em vista que a sociedade não superou o coeficiente de endividamento previsto na legislação.

10) Por fim, cabe ressaltar que, de acordo com o entendimento do CARF, a legislação brasileira de subcapitalização não criou um novo critério para a dedutibilidade das despesas. Somente veio delinear o critério já existente da 'necessidade' de determinada despesa para fins de sua dedutibilidade. Tratando-se de empréstimos com partes relacionadas, permitiu que o contribuinte já soubesse, de antemão, quais as despesas que não seriam consideradas necessárias à sua atividade pelo fisco. Enfim, veio para garantir maior segurança jurídica aos contribuintes. Entretanto, talvez fosse recomendável que permitisse que o contribuinte pudesse alterar o seu coeficiente de endividamento em razão das suas peculiaridades ou ainda que pudesse ilidir a presunção de desnecessidade dos juros excessivos caso demonstrasse sua eventual necessidade no caso específico.

10. Referências Bibliográficas

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 3.

CEZAROTI, Guilherme. Subcapitalização de Empresas. In: **Direito Tributário Atual**, nº 18, São Paulo: IBDT, 2004.

HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Fábio Hiroshi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki. **Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e Prática**. 35ª ed. São Paulo: IR Publicações, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2003 and Key Features of Tax Systems & Treaties of OECD Member countries, Amsterdam, IBFD, 2003.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 41, São Paulo, 1999.

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

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a Renda – pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

PILTZ, Detlev J. International Aspects of Thin Capitalization: General Report. In: **Cahiers de Droit Fiscal International**, vol. LXXIb, International Fiscal Association, 1995, p. 83-139.

RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. Aspectos Tributários da Subcapitalização no Sistema Jurídico Alemão e Brasileiro. In: **Revista de Direito Tributário Internacional**, nº 9, Quartier Latin, Ago/2008, p. 11-50.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preço de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006.

TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Juros sobre capital próprio – autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno (coord). **Direito Tributário Internacional Aplicado**, vol. IV. Quartier Latin, p. 349-408.

ULHÔA CANTO, Christian Clarke de; ULHÔA CANTO, Pedro Vianna de. New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations. In: **Cahiers de Droit Fiscal International**, vol. 93b, International Fiscal Association, 2008, p. 151-171.

VASCONCELOS, Roberto França de. Reflexos Financeiros e Cambiais do Preço de Transferência. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord). **Tributos e Preço de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2009.

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

_____. Natureza jurídico-tributária dos “juros sobre capital próprio” face à lei interna e aos tratados internacionais. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 21. São Paulo: Dialética, 1997.