
O REGIME JURÍDICO DA SUBCAPITALIZAÇÃO

*Autores: André Martins de Andrade
Vanessa Fernanda Soares*

Junho/2010

RESUMO

Objetiva-se com esse estudo examinar o regime do instituto jurídico da subcapitalização. Além de delinear o conceito a partir das lições de renomados professores e militantes na área da tributação internacional, tanto brasileiros como também estrangeiros, delimita-se a razão fiscal pela qual diversas jurisdições o consideram em seu ordenamento legal como instrumento capaz de rechaçar práticas de elisão fiscal. Explicita-se o panorama legislativo das normas de subcapitalização, de modo a permitir a comparação entre a forma como tal instituto é considerado nas principais jurisdições internacionais e como foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico-tributário brasileiro. Em seqüência, considerando os fatos jurídicos abrangidos pela legislação nacional referente à subcapitalização, elencam-se diversos pontos controvertidos, destacando possíveis afrontas aos princípios da isonomia tributária, da não discriminação (contida nos acordos para evitar a bitributação), da livre concorrência e da anterioridade. Aborda-se, ademais, a necessária harmonização de tais regras com as de preços de transferência (*transfer price*), bem como o aspecto acerca da taxatividade da chamada lista negra (*black list*), tendo em vista a ampliação desse conceito com a inclusão de regimes fiscais privilegiados, e as dificuldades de ordem procedimental para operacionalizar as previsões das regras brasileiras de subcapitalização. Por fim, recomendam-se algumas alterações de modo a adequar a atual legislação a preceitos constitucionais relevantes.

ÍNDICE

1-INTRODUÇÃO	4
2-DEFINIÇÃO	4
3-CARÁTER ELISIVO DA SUBCAPITALIZAÇÃO	7
4-PANORAMA LEGAL ESTRANGEIRO	10
5-CENÁRIO BRASILEIRO	14
5.1. A LEI 12.249/10 – REDAÇÃO FINAL DOS ARTS. 24 E 25 DA MP 472/09..	15
6. POSSÍVEIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS	22
6.1. A ISONOMIA TRIBUTÁRIA E A NÃO DISCRIMINAÇÃO	22
6.2. A LIVRE CONCORRÊNCIA	26
6.3. A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO COM AS DE <i>TRANSFER PRICING</i>	29
6.4. O MOMENTO DA EFICÁCIA DA NOVA MATRIZ LEGAL.....	31
6.5. PRESUNÇÕES ABSOLUTAS E BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.....	34
6.6. A NECESSIDADE DA LISTA DE PARAÍSOIS FISCAIS (<i>black list</i>)	37
6.7. QUESTÕES PROCEDIMENTAIS DE APLICAÇÃO DA NORMA	39
7.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
8.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43
ANEXO - QUADRO COMPARATIVO DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO EM ALGUMAS JURISDIÇÕES.....	46

1-INTRODUÇÃO

Pretende-se conceituar o instituto jurídico da subcapitalização com base nas lições de renomados professores e militantes na área da tributação internacional, tanto brasileiros como também estrangeiros. O instituto é também denominado pela doutrina como capitalização insuficiente, *thin capitalization*, capitalização magra, capitalização disfarçada, capitalização dissimulada etc.

Explicita-se o panorama legislativo das normas de subcapitalização, de modo a permitir a comparação entre a forma como tal instituto é considerado nas principais jurisdições internacionais e como foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

Em sequência, considerando os fatos jurídicos abrangidos pela legislação nacional referente à subcapitalização, elencam-se diversos pontos controvertidos, bem como a necessária harmonização de tais regras com as de preços de transferência (*transfer price*) e o aspecto acerca da taxatividade da chamada lista negra (*black list*). Ao final, recomendam-se algumas alterações de modo a adequar a atual legislação a preceitos constitucionais relevantes.

2-DEFINIÇÃO

Por ocasião da constituição da sociedade ou no decorrer do desenvolvimento das suas operações, aos sócios cabe decidir como se dará o financiamento (*funding*) das atividades empresariais: se com recursos próprios ou de terceiros, remunerados a taxas fixas ou variáveis (participação nos lucros). Denomina-se capitalização a operação através da qual os sócios injetam recursos próprios de que a sociedade necessita, seja à conta de capital, sob forma de participação societária remunerada com a distribuição de lucros (dividendos), ou à conta de empréstimo, a ser remunerada com o pagamento de juros (fixos ou variáveis).

Essa ampla discricionariedade do empresário quanto à estrutura de financiamento do seu negócio enseja combinações que podem desbordar dos limites do razoável, constituindo-se em verdadeira fonte de alocação artificial de resultados.

Nesse sentido, a depender da opção adotada, poderá a sociedade incorrer na situação de subcapitalização, implicando consequências diversas tanto na seara privada (responsabilidade dos sócios perante credores) quanto na pública (erosão da base tributável).

Partindo do conceito constante no glossário tributário internacional do IBFD¹, a companhia é dita como subcapitalizada (*thinly capitalized*) quando possuir uma alta proporção de dívida (*debt capital*) em relação ao capital social (*equity capital*).

É o caso típico em que os sócios optam por direcionar parte dos recursos, que poderiam/deveriam ser injetados a título de capital de risco, para a constituição de empréstimos em favor da sociedade e em montante que evidencia uma desproporção exagerada entre o capital e a dívida.

Assim, na visão de Estela L. Monteiro², “a sociedade será tida por subcapitalizada quando a proporção entre seus débitos para com os sócios e o capital social desvelar um excessivo endividamento” (tradução livre).

Helena Taveira Tôres³ explica que “o conceito de ‘subcapitalização’, antes de ser uma noção exclusiva do Direito Tributário, resulta da evolução do conceito de infracapitalização, desenvolvido no âmbito do direito comercial, que diz respeito às formas e às fontes de financiamento da sociedade”.

¹“A company is said to be ‘thinly capitalized’ when it has a high proportion of debt capital in relation to its equity capital”. Conf. IBFD INTERNATIONAL TAX GLOSSARY. 5th ed.. The Netherlands, Barry Larking, 2005. p. 415. No mesmo sentido, OECD GLOSSARY OF TAX TERMS: “A company is said to be ‘thinly capitalized’ when its equity capital is small in comparison to its debt capital”. Disponível em: <http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_34897_33933853_1_1_1_1,00.html#T>. Acesso em: 29.01.2010.

²CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. In: 50th Congress of the International Fiscal Association. Geneva. *International Fiscal Association. Cahiers de Droit Fiscal International*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1996. v. LXXXIb. p. 367: “(...) a company is thinly capitalized when its debts to the partners overcome its capital stock, that is to say, the ratio between debts and the company’s capital structure unveil an excessive indebtedness (...)”.

³TÔRES, Helena Taveira. *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: RT, 2001. P. 509-510.

Nesse campo, importante distinguir a subcapitalização originária, ou seja, presente na constituição da sociedade, e a subcapitalização superveniente, decorrente do volume crescente de operações, com conseqüências diversas na esfera do direito privado. Na originária, todos os sócios serão responsáveis perante terceiros, independentemente da proporção de capital subscrita, já que tinham na oportunidade condições de velar pela adequada capitalização. Contudo, na superveniente, a responsabilidade alcança apenas os sócios que tinham a possibilidade jurídica ou fática de dissolver a sociedade.⁴

Levando em consideração o excesso de dívida e a necessidade de recursos, Carlos Palao Taboada⁵ define a subcapitalização como a “situação de uma sociedade cujo capital é inferior ao que se considera adequado” (tradução livre). Em seqüência, esse autor ressalta que a inadequação pode ser advinda de outras duas espécies de subcapitalização: a material e a formal ou nominal. A primeira consistente na situação em que a empresa realmente carece de recursos para seu funcionamento, enquanto a segunda se perfaz pela existência de tais recursos, porém estes não consistem em fundos próprios, mas sim aportes realizados pelos sócios em forma de empréstimo.

Cristina García-Herrera Blanco⁶, ao abordar o tema em questão, distingue o financiamento híbrido do financiamento fraco (*débil*) ou subcapitalização, dando-se aquele quando o investidor utiliza um instrumento financeiro no qual, sob a cobertura legal de uma operação de empréstimo, se incluem cláusulas em que o credor participa

⁴Idem. P. 512.

⁵TABOADA, Carlos Palao. *Fiscalidad Internacional*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2005. p. 809: “La subcapitalización es la situación de una sociedad cuyo capital es inferior al que se considera adecuado. La inadecuación puede deberse o bien a que la sociedad carece de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, en cuyo caso se habla de subcapitalización material, o bien a que aunque la sociedad posee tales recursos, éstos no consisten en fondos propios, es decir, en aportaciones de los socios, sino que se le han proporcionado en forma de préstamo, o sea de financiación ajena (subcapitalización formal o nominal)”.

⁶BLANCO, Cristina García-Herrera. *Precios de Transferencia y Otras Operaciones Vinculadas en El Impuesto sobre Sociedades*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001. p. 220-221 “Nos referimos a la financiación híbrida y a la financiación débil o subcapitalización. Aquélla (*hybrid capitalization*) se da cuando el inversor utiliza un instrumento financiero en el que, bajo la cobertura legal de una operación de préstamo, se incluyen unas cláusulas en virtud de las cuales el prestamista participa del riesgo empresarial del prestatario en una medida no despreciable. Así, por ejemplo, los préstamos participativos o los préstamos con cláusulas de convertibilidad, en virtud de las cuales el prestamista tiene la opción de convertir su crédito en capital social, o préstamos con cláusulas de subordinación por las que el prestamista se coloca en último lugar de la lista de acreedores de la sociedad en caso de liquidación social, etc. En cambio, la subcapitalización (*thin capitalization*) se produce cuando la proporción entre volumen de recursos ajenos y recursos propios procedentes directa o indirectamente de sociedades del grupo supera aquella proporción que podría considerarse normal entre partes independientes”.

do risco do negócio do devedor, citando, como exemplo, empréstimos com cláusulas de conversibilidade em capital social. Para essa autora, a subcapitalização, no entanto, se verifica “quando a proporção entre o volume de recursos de terceiros e recursos próprios, provenientes direta ou indiretamente de sociedades do grupo, supera proporção que poderia ser considerada normal entre partes independentes” (tradução livre).

Apesar de alguns países equipararem ao *thin capitalization* instrumentos híbridos de financiamento,⁷ destaca-se, por oportuno, que não será esse o escopo a ser dado a tal instituto, restringindo-se a análise ora proposta apenas à aceção relativa à desproporção entre a dívida e o capital social.

Com base nessa última conceituação exposta, evidencia-se que a caracterização da subcapitalização importa avaliação da proporção entre o endividamento decorrente de aportes dos sócios em contrapartida ao capital social investido, de modo a aferir se presente ou não o excesso de dívida. A subcapitalização resulta, portanto, da escolha dos sócios ou quotistas, residentes ou não, de financiar as operações da sociedade com capital de empréstimo, próprio ou de terceiros, em desproporção ao capital de risco (recursos dos sócios levados à conta de capital).

3-CARÁTER ELISIVO DA SUBCAPITALIZAÇÃO

Do conceito geral, apesar de extrair-se a possibilidade de imputação desse instituto às operações de empréstimos realizadas entre partes relacionadas ou não, residentes ou não na mesma jurisdição, se verificará que a sua efetiva regulamentação, com vistas a impor restrições, se percebe normalmente nas operações com partes relacionadas e não residentes.

⁷Como, por exemplo, *Profit Participation Loan, Preferred Equity Certificate, Convertible Preferred Equity Certificates*.

Ned Shelton⁸ explica que, “usualmente, a dívida é maior do que seria normalmente esperada em razão da especial relação entre o mutuário e o mutuante. Em outras palavras, a companhia tem alto nível de dívida simplesmente porque os empréstimos provêm de companhia relacionada, quando terceiros provavelmente não teriam emprestado sob essas circunstâncias”. Contudo, esse autor adverte que, “em algumas jurisdições, tal especial relação não é estritamente solicitada para aplicação do *thin capitalization*” (tradução livre).

Além da aplicabilidade a partes relacionadas, há ainda a utilização reiterada da regulamentação desse instituto no cenário no qual as empresas relacionadas se encontrem estabelecidas em jurisdições distintas, situação na qual se pode facilmente constatar a perda fiscal para o país em que se situar a empresa mutuária.

Heleno Taveira Tôrres⁹ respalda a conclusão acima ao dispor que o mutuante do capital-empréstimo “pode ser residente ou não residente, mas, para o fim da qualificação e controle do estado de subcapitalização da empresa, o mutuante, de um modo geral, deve ser um “não residente que esteja submetido a impostos no país da empresa financiada; do contrário, não se daria a diminuição das receitas tributárias para o Estado da Fonte”.

Isso porque na esfera tributária geralmente são concebidos tratamentos distintos à remuneração do capital (dividendos) e à remuneração dos empréstimos (juros).

Os dividendos se originam da distribuição de lucros normalmente já tributados. Por vezes, alguns países, além da tributação sobre o lucro, impõem também a incidência sobre os dividendos distribuídos, acrescentando ainda a retenção de fonte em algumas hipóteses. Os juros, contudo, geralmente são considerados dedutíveis, sujeitando-se à tributação apenas no âmbito do mutuante, quer em seu país de residência, quer na fonte produtora.

⁸Ibid. “Usually, the debt is higher than what would ‘normally’ be expected because of a special relationship between the borrower and the lender. In other words, the company has a high level of debt simply because the borrowings are from a related company, when a third party would probably not have lent under those circumstances. However, in some jurisdictions, such a special relationship is not strictly required for the application of thin capitalization”.

⁹TÔRRES, Heleno Taveira. Op. cit. p.521.

Além dessas razões, como regra geral os percentuais de retenção sobre os juros são menores do que os previstos para os dividendos ou até mesmo ausentes¹⁰, e o empréstimo, por sua vez, como distinto do capital social, afasta a sujeição a eventual *capital tax* previsto em algumas jurisdições.

Esse cenário propicia, portanto, a utilização dos juros como mecanismo para reduzir a tributação da sociedade subsidiária, obtendo vantagens fiscais especialmente por ocasião da consolidação de resultados de grupos societários que se encontrem em diversas jurisdições.

Assim, a motivação que incentiva os sócios a optarem pelo financiamento da sociedade mediante empréstimo próprio pauta-se na tentativa de evitar a incidência cumulativa sobre o mesmo lucro, reduzindo, por conseguinte, a respectiva carga tributária.¹¹

Cristina García-Herrera Blanco¹², ao tratar desse instituto no ordenamento espanhol, expõe que “a subcapitalização consiste na manobra evasiva das sociedades que, para reduzir ou minimizar a carga fiscal do grupo, recorrem ao financiamento com fundos de terceiros para encobrir um autêntico aporte de capital” (tradução livre).

Anglo Nikolakakis¹³ explica que “a expressão ‘*thin capitalization*’ é aqui usada para descrever a prática de restrição para fins tributários de despesas de juros dedutíveis quando devedor relacionado deve a associado não residente” (tradução livre).

Desse modo, no intuito de rechaçar práticas abusivas e evitar a erosão da base tributária, diversas jurisdições criaram as regras de subcapitalização ou capitalização

¹⁰ Algumas jurisdições sequer possuem previsão de retenção de imposto sobre o pagamentos de juros.

¹¹ No mesmo sentido, Heleno Taveira Tôres: “Do ponto de vista fiscal, a razão basilar do estímulo para a decisão do financiamento da empresa mediante empréstimos de capital próprio funda-se, basicamente, numa tentativa de evitar o cúmulo de pretensões impositivas sobre o lucro e reduzir o encargo fiscal devido pelo mesmo lucro produzido”. TÔRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 516.

¹² BLANCO, Cristina García-Herrera. Op. cit., p. 222: “La subcapitalización consiste en la maniobra elusiva de las sociedades que por motivos fiscales, para reducir o minimizar la carga fiscal del grupo, recurren a la financiación con fondos ajenos para encubrir una auténtica aportación de capital”.

¹³ NIKOLAKAKIS, Anglo. In: MAISTO, Guglielmo (Ed.). *International and EC Tax aspects of Groups of Companies*. Amsterdam: IBFD, 2008. p.38: “The expression ‘thin capitalization’ is used herein to describe the practice of restricting for tax purposes otherwise deductible interest expense where the related indebtedness is owing to an associated non-resident”.

insuficiente ou, ainda, *thin capitalization rules*, impondo a observância de determinada proporção entre o capital e a dívida da mutuária, tendo, por conseguinte, a indedutibilidade do excedente de juros ao limite estipulado.

Estela L. Monteiro¹⁴, por sua vez, destaca que “é válido determinar o parâmetro que, se excedido, irá caracterizar a existência de subcapitalização” e, “caso isso ocorra, os juros não serão dedutíveis no cálculo dos lucros tributáveis e serão tributados como dividendos” (tradução livre).

As *thin capitalization rules* podem ainda se enquadrar como espécie de regras especiais antielisivas, cuja finalidade específica é a “de coartar determinados procedimentos que envolvem a utilização de institutos jurídicos, que por natureza ou configuração, dariam azo à manipulação por parte das empresas que se encontram presentes em múltiplas jurisdições”.¹⁵

Assim, por *thin capitalization rules* entende-se um conjunto de regras antielisivas que impõe a verificação da existência de excesso de endividamento (capital próprio) da sociedade mutuária em relação ao seu capital social, tendo como consequência prática a restrição, para fins tributários, da dedutibilidade de juros pagos a partes relacionadas, a princípio, não residentes.

4-PANORAMA LEGAL ESTRANGEIRO

A despeito de o conceito geral de subcapitalização tratar de sociedades vinculadas, em algumas jurisdições a aplicação dessas regras foi ampliada de modo a alcançar operações nas quais inexistente qualquer vínculo societário. Na Bélgica, por exemplo, há operações cuja subsunção às regras de subcapitalização independe da caracterização de partes relacionadas (devedor e credor), bastando verificar que o

¹⁴CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. In: 50th Congress of the International Fiscal Association. Geneva, INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. *Cahiers de Droit Fiscal International: International Aspects of Thin Capitalization*. Kluwer Law International: Geneva, 1996. v. LXXXIb. p. 367: “(...) it is worth determining the limit ratio that, if exceeded, will characterize the existence of a thin capitalization; should this occur, interest will not be deductible on computing the tax profits, and will therefore be taxed as dividends”.

¹⁵ANDRADE, André Martins. *A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 141.

credor, em sua jurisdição, não está sujeito à incidência tributária sobre os juros recebidos ou que tal incidência seja substancialmente mais favorável do que a prevista no país em menção.¹⁶

Nesse último aspecto, a consequência é a manutenção da justa concorrência entre as sociedades residentes na mesma jurisdição, impondo ao menos uma incidência tributária adequada sobre os rendimentos favorecidos além-fronteiras.

Apesar de se ter mencionado inicialmente que a regulamentação da subcapitalização é normalmente aplicada ao cenário no qual as empresas mutuária e mutuante se encontrem em jurisdições distintas, há orientações emanadas tanto dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE como também das decisões da ECJ (*European Court of Justice*) de que o princípio da não discriminação dispõe no sentido de que as regras de indedutibilidade de juros previstas apenas para residentes, cujo capital investido seja estrangeiro, violam, dentre outras normas, a de liberdade de estabelecimento (*Sec. 43 EC Treaty - freedom of establishment*).

Nesse sentido, a Corte Européia entendeu que: “a diferença de tratamento entre filiais residentes em função da sede de sua empresa-mãe foi realizada a fim de constituir um entrave à liberdade de estabelecimento. As regras fiscais em questão tornaram menos atraente para as empresas estabelecidas em outros Estados-membros o exercício da liberdade de estabelecimento e assim eles provavelmente se absteriam de aquisição, criação ou manutenção de uma filial na Alemanha”¹⁷ (tradução livre).

¹⁶MAISTO, Guglielmo (Ed.). Op. cit.. p. 220-221.

¹⁷ECJ, Case C-324/00, *Lankhorst-hohorst v. Finanzamt Steinfurt*, 12.12.2002: “the difference in treatment between resident subsidiary companies according to the seat of their parent company was held to constitute an obstacle to the freedom of establishment. The tax rules in question made it less attractive for companies established in other Member States to exercise freedom of establishment and thus they might refrain from acquiring, creating or maintaining a subsidiary in Germany”; e Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, 13.03.2007: “A Member State’s thin capitalization legislation, which is only applied to interest payments to non-resident lenders, constitutes, in principle, a restriction on the freedom of establishments. Such restriction may, however, be justified by prevention of tax avoidance provided that it is proportionate to that aim, i.e., the legislation (i) provides for the consideration of objective and verifiable elements to identify purely artificial arrangements, (ii) allows taxpayers to produce, without being subject to undue administrative burden, evidence as to the commercial justification for the transaction, and (iii) applies only to that part of the interest that exceeds the arm’s length standard.” Disponível em: <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2_juris.htm>. Acesso em: 17.03 2010.

Aliás, Heleno Taveira Tôrres¹⁸, ao mencionar as conclusões alcançadas nas XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, ocorridas em Lisboa, Portugal, em 1998, evidencia essa tendência da Comunidade Européia, no sentido de conceder tratamento isonômico das leis de subcapitalização ao transcrever a seguinte conclusão: “1. As legislações positivas deveriam estruturar-se de modo a respeitar padrões de equidade horizontal e neutralidade, procurando tributar de forma idêntica tanto o financiamento obtido de terceiros como o realizado com fundos próprios”.

De modo geral, e não necessariamente de forma cumulativa, os países que possuem em seu ordenamento regras expressas de subcapitalização fixam proporções legais entre o capital e a dívida;¹⁹ reclassificam os juros pagos a não residentes como sendo dividendos;²⁰ prevêm normas específicas para determinadas indústrias;²¹ vinculam regras de consolidação de resultados às de subcapitalização;²² alcançam empréstimos concedidos por diretores-administradores,²³ dentre outras previsões²⁴.

Há ainda países²⁵ que, apesar de não possuírem regras explícitas de subcapitalização, prevêm normas gerais que penalizam, sob a ótica tributária, o

¹⁸TÔRRES, Heleno Taveira. Op. cit. p.526.

¹⁹Canadá, Austrália, Estados Unidos, França, Espanha, Japão, Alemanha, Itália, Países Baixos, Polônia, África do Sul e Nova Zelândia.

²⁰Reino Unido, Irlanda, e Bélgica. Em relação à Irlanda, tal regra não se aplica, por exemplo, quando o pagamento dos juros se destinarem a qualquer outra jurisdição-membro da União Européia ou com a qual aquele país tenha firmado tratado para evitar a bitributação. INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *Global Corporate Tax Handbook 2007*. Amsterdam: IBFD, 2007. p. 415.

²¹“There have been statutory thin capitalization rules in Norway since 1994, but only for oil and gas companies operating on the continental shelf. (...) In Switzerland, there are cantonal thin capitalization rules for real estate companies. A debt to equity ratio of 2:1, 3:1 or 4:1 must not be exceeded. For finance companies, less stringent regulations apply, as the corresponding ratios are 5:1 or 6:1”. INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. p. 101.

²²“Denmark only limits interest deductions for holding companies if taxed on a consolidated basis with other affiliated companies.” Ibid. p. 101. Particularmente no tocante à Noruega, companhias sujeitas à tributação atinente ao setor do petróleo devem possuir patrimônio líquido correspondente a, pelo menos 20% do capital total (abrangidos patrimônio líquido e endividamento), caso contrário, a dedutibilidade dos juros será glosada. INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. Op. cit., p. 625.

²³“In Belgium, there are thin capitalization rules if the managing director of accompany grants a loan to the company and the total loan capital exceeds the equity capital (1:1). Contrary to France, the rules also apply when the managing director is not a shareholder”. INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. p. 102. Ainda em relação à jurisdição belga, cabe enfatizar que a relação endividamento/patrimônio líquido não deve exceder 1:1; caso contrário, o excedente será reclassificado como dividendos não-dedutíveis. Atenta-se também para a obrigatoriedade da alíquota de juros não exceder aquela praticada no mercado. INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. Op. cit., p. 93.

²⁴A respeito, confira o quadro comparativo de alguns países anexado ao final deste estudo.

²⁵Áustria, Suíça, Noruega, Luxemburgo, Hong Kong.

endividamento entre subsidiária e sua associada. O *General Report of IFA*²⁶, por sua vez, ressalta que essas regras derivam de princípios gerais tributários e são usadas apenas em casos extremos. Complementa dispondo que elas podem se referir ao princípio geral *at arm's length*, sem especificar pré-requisitos para a subcapitalização, ou podem designar limitações gerais para a dedução de juros de não residentes.

Relativamente às normas expressas que fixam proporções entre capital e dívida, a dinâmica nos Estados Unidos evidencia que a avaliação estrita dessa relação pode vir a proporcionar uma análise superficial da situação, de modo que, por exemplo, uma razão 3:1 ao mesmo tempo em que pode se manifestar como excessiva em alguns casos em outros pode ser compreendida como irrelevante. Avaliando diferentes setores, regulados por normas distintas, os Estados Unidos já encontraram amparo tanto para uma razão 50:1 quanto para não parametrização com base na relação ora sob análise.²⁷

Apesar de determinadas jurisdições previrem que os juros são considerados indedutíveis em relação ao limite da dívida que exclusivamente exceder à proporção capital *versus* endividamento prevista em lei, interessa destacar que a Corte Européia de Justiça (ECJ), de certa maneira, relativiza essa consequência fiscal ao dispor que as regras de subcapitalização somente se aplicam às operações realizadas entre empresas subsidiárias e associadas não residentes quando comprovado que se deu de forma totalmente artificial.²⁸

Desse modo, ao exigir a comprovação da artificialidade do negócio, inadmitem-se normas que prevejam presunções absolutas, submetendo-as, por conseguinte, à observância do princípio da proporcionalidade, que garante a possibilidade de prova de motivos comerciais, por exemplo.

Respalando essa assertiva, ainda com base nas conclusões da Comunidade Européia exaradas na Jornada já referida, resta evidenciada a tendência desde 1998 em não se aceitarem as ficções legais absolutas com base no seguinte texto: “3. As normas

²⁶INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. Loc. cit.

²⁷LIND, Stephen A., LIND, Stephen A.; et. al., *Fundamentals of Corporate Taxation. Cases and Materials*. New York: Foundation Press, 2005. 6. ed. p. 133-135.

²⁸ECJ, Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, 13.03.2007, conforme texto já transcrito em citação anterior.

positivas que pretendam evitar a infracapitalização poderiam conter presunções ‘*iuris tantum*’, respeitantes às referidas situações, e afetar apenas os juros que correspondam ao financiamento que se considere excessivo. Portanto, não devem aplicar-se presunções ‘*iuris et de iuri*’ e ficções que, além de alterarem a legislação de fundo tanto civil como comercial, poderão chegar a descaracterizar a base tributável do imposto sobre o rendimento e, eventualmente sobre o patrimônio, afetando aquelas empresas que observaram uma gestão correta, financiando-se em condições normais de mercado”.²⁹

5-CENÁRIO BRASILEIRO

O *General Report of IFA*,³⁰ em 1996, incluiu o Brasil no rol³¹ dos países nos quais inexisteriam regras de subcapitalização.

Segundo tal relatório, países sem quaisquer regras de subcapitalização não possuem sequer práticas administrativas ou decisões judiciais com base em princípios gerais tributários que impliquem restrições à dedutibilidade dos juros pagos por subsidiárias a associadas não residentes.³²

Aliás, em consonância com essa visão sobre as normas brasileiras, destacam-se duas decisões do Conselho de Contribuintes³³, relativamente recentes – 2005 e 2007, mantendo a dedutibilidade dos encargos decorrentes de empréstimos contraídos com controladoras não residentes sob o fundamento de inexistência de quaisquer regras referentes à indedutibilidade por subcapitalização.

A despeito disso, André Martins de Andrade³⁴ ressalta, em transcrição de parte da Decisão AMS n.º 92.966-RJ, DJ 12.06.1986, do extinto Tribunal Federal de Recursos, que há mais de duas décadas existe preocupação incipiente do julgador brasileiro sobre a capitalização insuficiente na ocasião em que, ao aplicar a

²⁹TÔRRES, Heleno Taveira. Op. cit. p. 526 e 527.

³⁰INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Op. cit. p. 104.

³¹Dentre os quais se encontravam, à época, outros países também citados: Argentina, México, Finlândia, Israel, Itália, Sri Lanka e Suécia. Ibid.

³²Ibid.

³³Acórdãos 101-95014 e 101-96053. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudencia.jsf>> Acesso em: 22.03 2010.

³⁴ANDRADE, André Martins de. Op. cit. p. 142.

desconsideração da personalidade, “confirmou decisão de primeira instância que dera tratamento tributário de dividendos a juros pagos por filial brasileira de empresa norte-americana à sociedade controladora desta, nos EUA, ao argumento de que se tratava, em verdade, de filial da própria controladora, e não da subsidiária”.

Todavia, com o advento da MP 472, de 16.12.2009³⁵, especialmente nos arts. 24 e 25, passou o Brasil indubitavelmente a se encaixar no rol das jurisdições que possuem regras expressas sobre subcapitalização.

Conforme se verificará adiante, os critérios adotados pelo Brasil através dessa medida para a imposição de restrições à dedutibilidade dos juros foram inicialmente³⁶ o de verificação entre a proporção do capital *versus* o endividamento da subsidiária brasileira e a tomada de empréstimo pela mutuária residente no Brasil de mutuante residente, domiciliado ou constituído em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, independentemente do vínculo societário nesta última hipótese.

5.1. A LEI 12.249/10 – REDAÇÃO FINAL DOS ARTS. 24 E 25 DA MP 472/09

Ratificando o propósito fiscal, exposto anteriormente no item 3, da edição de normas antielisivas frente a situações que impliquem redução da carga tributária, a Exposição de Motivos³⁷ da MP 472/09, relativamente ao art. 24, ressalta que tal dispositivo “visa evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo (...) junto à pessoa vinculada no exterior”.

Com esse mesmo propósito, tal documento³⁸ justificou a redação do art. 25 expondo que esse artigo “segue o mesmo princípio do art. 24”, qual seja, de evitar manobras que importem em redução da base tributável do IRPJ e da CSLL.

³⁵Essa Medida Provisória foi convertida na Lei n.º 12.249/10, publicada no DOU em 14.06.10.

³⁶Diz-se “inicialmente” porque será evidenciado que a Lei n.º 12.249/10, que resultou da conversão da MP 472/09, ampliou o seu alcance no tocante às empresas mutuárias e mutuantes.

³⁷Exposição de Motivos Interministerial nº 00180/2009 - MF/MDIC, item 29/subitem 29.2.

³⁸Exposição de Motivos Interministerial nº 00180/2009 - MF/MDIC, item 30.

O art. 24 da MP 472/2009³⁹ impõe, sem prejuízo das restrições constantes no art. 22 da Lei nº 9.430/96⁴⁰ e da comprovação da necessidade da despesa,⁴¹ a verificação da proporcionalidade entre o endividamento com pessoas vinculadas não residentes e a respectiva participação no patrimônio líquido como requisito fundamental à dedutibilidade dos juros.

³⁹ Eis a dicção do art. 24 da MP 472/09: “Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica vinculada, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.430, de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definida pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente aos seguintes requisitos:

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; e

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.

§ 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.

§ 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 (...). ”

⁴⁰ Relativas à taxa Libor a ser aplicada nos empréstimos e à existência de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

⁴¹ Conf. o art. 47 da Lei nº 4.506/64: “São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.

§ 4º No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.

§ 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:

a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;

b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

§ 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de força maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

§ 7º Incluem-se, entre os pagamentos de que trata o § 5º, as despesas feitas, direta ou indiretamente, pelas empresas, com viagens para o exterior, equipando-se os gerentes a dirigentes de firma ou sociedade.”

Apesar de o art. 24 sujeitar a verificação da relação entre as partes mutuante e mutuária às hipóteses de pessoas vinculadas previstas no art. 23 da Lei nº 9.430/96⁴², a vinculação exclusiva da aferição do limite dedutível à respectiva participação no patrimônio líquido restringia o alcance desse artigo aos juros pagos ou creditados por subsidiárias brasileiras à pessoa física ou jurídica vinculada, residente ou domiciliada no exterior e não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Isso quer dizer que o dispositivo em análise, dentre as definições possíveis elencadas no art. 23 da Lei nº 9.430/96, alcançava, em sua redação original, tão somente a disposta no inciso III desse artigo, que demandava a existência de vínculo acionário entre as partes mutuária e mutuante.

Aliás, tal assertiva encontrava confirmação expressa na Exposição de Motivos, já mencionada, ao dispor que a norma visava alcançar 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,

⁴²“Art. 23: Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à 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, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

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, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

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”.

artificialmente, juros que reduzem os resultados da **subsidiária brasileira**” (grifo nosso).⁴³

O dispositivo em questão não alcançava, por conseguinte, operações em que a mutuária fosse sociedade brasileira não subsidiária e tampouco vinculada, e o mutuante fosse sociedade estrangeira não domiciliada ou residente em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.⁴⁴

Contudo, ao ser apreciada pelo Congresso Nacional, a MP 472/09, nesse aspecto, sofreu alteração significativa de modo a garantir que o art. 24⁴⁵ em análise, por ocasião de sua conversão na Lei nº 12.249/10, publicada no DOU em 14.06.10, alcançasse todas as hipóteses de partes relacionadas previstas na legislação vigente e já citada⁴⁶.

O art. 25 da MP 472/10⁴⁷, por sua vez, amplia o alcance das suas restrições a qualquer fonte mutuária situada no Brasil, mas se limita às operações realizadas com

⁴³Exposição de Motivos Interministerial nº 00180/2009 - MF/MDIC, item 29.

⁴⁴Cabendo, contudo, verificar a subsunção ao art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.532/97.

⁴⁵A nova redação que prevaleceu para os incisos I e II do art. 24 é a seguinte:

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

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

⁴⁶Essa ampliação passa a alcançar a hipótese em que a mutuante é investida estabelecida no exterior e a mutuária é investidora residente no Brasil, situação já abrangida pelo art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.532/97. Nesse aspecto, haverá necessidade de avaliação de forma de harmonização dessas normas. Cabe ressaltar, contudo, que § 7º, introduzido ao art. 24 pela Lei de conversão nº 12.249/10, afasta a aplicação das normas de subcapitalização “às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil”. Essa mesma previsão também foi introduzida ao art. 25 da MP 472/09.

⁴⁷Eis a redação do art. 25 da MP 472/09: “Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, quando se verificar que constituírem despesa necessária à atividade, conforme definida pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente aos seguintes requisitos:

I - o valor do endividamento com a entidade situada em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a trinta por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

mutuantes (pessoa física ou jurídica) residentes, domiciliadas ou constituídas no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, sendo irrelevante a eventual existência de vínculo societário⁴⁸.

Nesse contexto, tal dispositivo mantém as restrições do art. 22 da Lei nº 9.430/96, bem como a comprovação da necessidade da despesa para a respectiva atividade, porém adiciona a verificação da proporcionalidade entre o endividamento da sociedade brasileira e seu respectivo patrimônio líquido para garantir a dedutibilidade dos juros nas operações de mútuo perante as pessoas mencionadas.

À igualdade do que ocorre, por exemplo, na Bélgica, conforme citado anteriormente, nota-se que o alcance do art. 25 independe do vínculo societário ou do conceito de pessoa vinculada⁴⁹, visando tão somente evitar a erosão das bases tributáveis por juros remetidos a mutuante que se encontra em situação de favorecimento fiscal decorrente da legislação do país ou dependência em que se encontrar estabelecido.

A Exposição de Motivos, por sua vez, ratifica esse entendimento ao dispor que “a medida restringe a dedutibilidade das despesas de juros de pessoas jurídicas

II - o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a trinta por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

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

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

⁴⁸ A Lei nº 12.249/10 não alterou a essência desse dispositivo, qual seja, de alcance das operações com os chamados “paraísos fiscais”, cuja nova redação sancionada é a seguinte:

“Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definida pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente ao requisito de que o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a trinta por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.”

⁴⁹ Conforme disposto no art. 23 da Lei nº 9.430/96, já transcrito acima.

residentes no Brasil quando pagos a entidades *off-shore*, independentemente de vínculo societário”.⁵⁰

Destaca-se que, por ocasião da publicação da Lei nº 12.249/10, a essência do art. 25, qual seja, de alcance das operações com os chamados “paraísos fiscais”, não fora alterada.

Por outro lado, ressalta-se que, nos termos do § 2º tanto do art. 24 como também do art. 25, seja considerando a redação original da MP 472/10 seja levando em conta a redação final da Lei nº 12.249/10, as limitações da dedutibilidade dos juros ora em discussão também serão aplicadas para as operações de endividamento nas quais a pessoa vinculada⁵¹ não residente (art.24) ou a pessoa constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado (art. 25), ainda que não se apresentem como mutuantes, atuem na relação jurídica como avalistas, fiadoras, procuradoras ou intervenientes da subsidiária brasileira e sociedade brasileira, respectivamente.

Nesse ponto, tudo indica que o legislador não pretendeu alcançar só as operações intituladas geralmente como *back-to-back*,⁵² mas todo e qualquer empréstimo em que de algum modo as pessoas ora em comento tenham ligação com esse negócio jurídico, quer mediante mera intervenção quer por concessão de garantias.

Apesar de haver norma geral no sentido da necessidade da despesa,⁵³ o *caput*⁵⁴ do art. 24 e do art. 25 explicitam ser imprescindível sua comprovação para a atividade

⁵⁰Exposição de Motivos Interministerial nº 00180/2009 - MF/MDIC, item 30.

⁵¹ Com a abrangência dada pelo conceito previsto no art. 23 da Lei nº 9.430/96.

⁵² As operações *back-to-back* se dão, por exemplo, quando um banco concede empréstimo à sociedade e paralelamente os seus respectivos acionistas realizam uma aplicação financeira nesse mesmo banco em proporção idêntica ou equivalente. Essa operação demandaria a comprovação pela autoridade fiscal da existência de negócios jurídicos diversos e vinculados (o empréstimo e o investimento), fato que por si só já justificaria o enquadramento legal equivalente à situação de mera interveniência ou garantia por ocasião da configuração de um único negócio jurídico.

⁵³Cf. o art. 47 da Lei nº 4.506/64: “São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

empresarial, no que tange aos juros enfocados. Tal previsão expressa evita tão somente interpretações no sentido de que bastaria o preenchimento dos requisitos especificamente dispostos na recente legislação para garantir a dedutibilidade da despesa em comento (proporcionalidade da relação capital *versus* endividamento), sobrepondo-se à generalidade da regra anterior e ainda vigente.

Com efeito, em ambos os dispositivos ora em análise o montante dos juros proporcionais ao limite da dívida excedente à proporcionalidade instituída entre endividamento e participação societária (art. 24, § 3º)⁵⁵/patrimônio líquido (art. 25, § 3º)⁵⁶ será presumido como despesa não necessária e, por conseguinte, considerado indedutível para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, ainda que se prove o contrário. Trata-se, portanto, de presunção absoluta.

§ 3º Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.

§ 4º No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.

§ 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:

a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;

b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

§ 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de força maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

§ 7º Incluem-se, entre os pagamentos de que trata o § 5º, as despesas feitas, direta ou indiretamente, pelas empresas, com viagens para o exterior, equipando-se os gerentes a dirigentes de firma ou sociedade.

⁵⁴ Tanto na redação original da MP 472/10 quanto na redação final constante na Lei nº 12.249/10.

⁵⁵ Art. 24, § 3º, MP 472/09: “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 redação foi mantida pela Lei de conversão n.º 12.249/10.

⁵⁶ Art. 25, § 3º, MP 472/09: “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 redação foi mantida pela Lei de conversão n.º 12.249/10.

6. POSSÍVEIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Resta claro que as regras introduzidas recentemente no ordenamento brasileiro pela MP nº 472/09, convertida posteriormente na Lei nº 12.249/10, regulam de maneira expressa situações de subcapitalização. Não obstante a louvável iniciativa do legislador brasileiro, no sentido de alinhar o País aos ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos nessa temática, importa analisar a sua legitimidade ao impor presunções absolutas, bem como sua conformidade com princípios constitucionais como o da isonomia (art. 5º e 150, II), o da livre concorrência (art. 170, IV) e o do livre exercício da atividade econômica (art. 170, par. único), bem como o da não discriminação, previsto nos acordos celebrados pelo Brasil para evitar a bitributação.

Além disso, relevante questão que surge desde logo diz respeito ao momento da eficácia e da auto-aplicabilidade das regras em questão, vez que trazem, nas modificações que introduzem, alterações que majoram a tributação atual e relações que demandam a verificação do alcance do conceito de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Por fim, serão examinadas sucintamente algumas questões de ordem prática quanto à aplicabilidade procedimental das disposições recentemente introduzidas.

6.1. A ISONOMIA TRIBUTÁRIA E A NÃO DISCRIMINAÇÃO

No tocante ao art. 24, cuja aplicabilidade se restringia inicialmente às subsidiárias brasileiras oriundas de investimento estrangeiro⁵⁷, desde que o investidor não fosse constituído em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, e que constitui a hipótese mais comum de aplicação da regra, é nítida a violação aos princípios da interdição de tratamento discriminatório ou da garantia de

⁵⁷Essa restrição será mantida pelo período de vigência da MP 472/09. Somente a partir da publicação da Lei nº 12.249/10, que ocorreu em 14.06.10, é que a extensão às demais pessoas vinculadas, descritas no art. 23 da Lei nº 9.430/96, passa a surtir efeitos.

uniformidade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, quando se encontrem em situações equivalentes (art.3º, IV; art. 5º e art. 150, II, da CF)⁵⁸.

A regra em si trata desigualmente residentes no Brasil, fazendo distinção quanto à origem do investimento, ou seja, ao capital estrangeiro, contrariando frontalmente os dispositivos constitucionais acima referidos.

Essa contrariedade não existiria se houvesse na legislação normas que alcançassem as eventuais situações de subcapitalizações entre subsidiárias e investidoras brasileiras. Contudo, diante da ausência de legislação que garanta as mesmas conseqüências de indedutibilidade dos juros tanto para subsidiárias de capital estrangeiro quanto para as de capital nacional, há clara violação aos princípios da isonomia ou da igualdade tributária e da não discriminação.

Helena Taveira Tôrres⁵⁹, ao abordar o tema “Capital Estrangeiro e Princípio da Não-discriminação Tributária no Direito Interno e nas Convenções Internacionais”, explica que “em termos de modalidades de investimentos estrangeiros no Brasil, especialmente no âmbito tecnológico e societário, não são encontradas razões para tratamentos discriminatórios, mediante regimes tributários mais gravosos, salvo para dar cumprimento ao art. 172, da Constituição, o que ora se realiza nos termos da Lei nº 4.131/62, naquilo que não implica conflito com o corpo de normas constitucionais”.

O Brasil, desde 1962, já previa nos arts. 2º⁶⁰ e 43 da Lei nº 4.131/62, normas recepcionadas pela Constituição Federal, a garantia ao não-residente, por ocasião do ingresso no país de capital estrangeiro, de tratamento equiparado aos residentes.

⁵⁸Cf. TÔRRES, Helena Taveira. Capital Estrangeiro e Princípio da Não-Discriminação Tributária no Direito Interno e nas Convenções Internacionais. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 87. p. 33.

⁵⁹Ibid.

⁶⁰A respeito, cf. o art. 2º da Lei nº 4.131/62: “Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei”.

Heleno Taveira Tôrres⁶¹ explica que “esta restrição ao uso de tratamentos diferenciados (...) não está baseada na ‘nacionalidade’, mas sim no critério de ‘residência’, porquanto há de ser interpretada de acordo com o art. 1º, da mesma Lei.”⁶²

Com base nessa lição, constata-se com clareza que o art. 24 não prevê tratamento desigual para o não residente, mas sim e tão somente para os residentes cuja origem do capital advém de fontes além-fronteiras, evidenciando, portanto, o tratamento discriminatório.

Ora, a garantia contra o uso de normas tributárias que gerem efeitos discriminatórios encontra-se insculpida no art. 150, inciso II, da Constituição da República ao dispor que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

O cenário de discriminação previsto no art. 24 da Lei n.º 12.249/10 se agrava no tocante às relações internacionais do Brasil com os países com os quais tenha celebrado acordos para evitar a bitributação.⁶³ Isso porque, não bastando as disposições constitucionais já mencionadas, os tratados geralmente prevêm a cláusula de “não discriminação” no intuito de afastar expressamente tratamento mais oneroso ao investimento estrangeiro (oriundo do país signatário do tratado) realizado no Brasil em comparação ao que se sujeitam os nacionais que se encontrem em situação equivalente⁶⁴.

⁶¹TÔRRES, Heleno Taveira. Op. cit.. p.35 e 36.

⁶² Cf. o art. 1º da Lei 4.131/62: “Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior”.

⁶³Cf. Alberto Xavier: “(...) nas relações entre Estados soberanos, não há uma terceira autoridade que lhes seja superior e que delimite definitivamente o poder tributário de cada um; as pretensões fiscais geram-se a partir de cada ordenamento soberano, limitando-se as convenções a consignar regras destinadas a repartir os poderes em concurso ou a atenuar ou eliminar os efeitos do respectivo cúmulo”. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37-38.

⁶⁴Nesse aspecto, entende-se que o argumento da não discriminação poderá ser suscitado pelos países que celebraram tratados com o Brasil para evitar a bitributação, mormente aqueles nos quais haja previsão em consonância com a cláusula 24.4 da Convenção Modelo da OCDE. Os tratados que possuem a cláusula

Assim, preferindo não se valer de um princípio constitucional garantido a todos os contribuintes pelo art. 150, inciso II, da CF, nas relações internacionais respaldadas por acordos para evitar a bitributação, em princípio bastaria ao Estado contratante invocar contra o Brasil a cláusula de não discriminação para afastar a legislação de subcapitalização recentemente introduzida, desde que não haja - é claro - disposição expressa em contrário prevista em tais acordos ou ressalvas realizadas em protocolos.

Nesse contexto, a Lei nº 4.131/62 e a Constituição de 1.988 respaldam o entendimento de que ao capital estrangeiro aplicado no país deverá ser dado tratamento idêntico ao que é dado ao nacional, desde que ambos se encontrem em situações equivalentes.

Ao contrário do que se possa argumentar para as regras de subcapitalização, as regras de preço de transferência (*transfer pricing*), também aplicadas às operações realizadas entre pessoas vinculadas residentes uma no Brasil e a outra no exterior (inclusive estabelecida em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, sem exigir o vínculo acionário nesse caso), possuem legislação aplicável às operações ocorridas exclusivamente no território brasileiro entre pessoas não independentes.

Trata-se das normas que regulam a distribuição disfarçada de lucros - DDL, dispostas nos arts. 464 e 465 do RIR/99, advinda de operações realizadas entre pessoas vinculadas sem a observância de parâmetros de mercado. Não se pretende aqui adentrar no mérito da questão jurídica quanto à eventual revogação tácita desses artigos em função da atual previsão de não tributação dos lucros distribuídos, buscando-se tão somente evidenciar a razão pela qual não se cogita nesse momento de violação ao princípio da isonomia no que tange às regras de *transfer pricing*.

mencionada foram celebrados com os seguintes países: África do Sul, Bélgica, Chile, China, Coréia, Israel, México, Peru, Portugal e Ucrânia, com ressalva das disposições contidas nos protocolos celebrados com a África do Sul, Chile, Israel, Peru e Portugal, contendo declaração no sentido de inexistir impedimento à aplicação das leis internas acerca da subcapitalização. No tratado celebrado com o México há disposição expressa que ressalva a possibilidade de aplicação das regras de subcapitalização pelos países contratantes, disposta no art. 28, 3º, da seguinte forma: “As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa a capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar”.

6.2. A LIVRE CONCORRÊNCIA

No tocante à previsão do art. 25 da Lei nº 12.249/10, que alcança as operações de empréstimos realizadas com país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, não há que se argumentar a violação ao princípio da isonomia ou igualdade tributária (art. 150, II, da CF).

Isso porque os chamados “paraísos fiscais”,⁶⁵ ao previrem uma tributação extremamente favorecida ou até mesmo nula, violam não só os princípios da isonomia tributária e da tributação singular (*single taxation*),⁶⁶ como também o direito constitucional à livre concorrência.

A norma antielisiva, que preveja restrições às operações realizadas com os “paraísos fiscais”, impõe na verdade o restabelecimento da isonomia, preservando, por conseguinte, a livre concorrência (art. 170, IV, da CF) e a incidência única (*single taxation*), consagrada modernamente no âmbito do direito tributário internacional.

Ao explicitar que as normas tributárias produzem efeitos nos comportamentos dos contribuintes, portanto reconhecidas como normas indutoras, Luís Eduardo Schoueri⁶⁷ assevera que ao jurista cabe observar que a tais normas “não se aplicam somente os ditames constitucionais inseridos no capítulo da Ordem Tributária, mas igualmente se sujeitam à Ordem Econômica da Constituição”, concluindo que o efeito

⁶⁵Cf. André Martins de Andrade: “Os abrigos fiscais (*tax havens*), na tradução literal, representam efetivamente verdadeiros portos seguros para o capital internacional, ou por terem suprimido ou reduzido a níveis mínimos a tributação sobre o capital e a renda, ou por apresentarem um conjunto de condições legais extremamente favorável ao desenvolvimento de alguns tipos específicos de atividade empresarial, com destaque para o que ocorre no setor financeiro com a implantação de centros financeiros *offshore* (OFCs), submetidos praticamente à tributação zero”. Op. cit. p. 71.

⁶⁶ Sobre o tema, reitera André Martins de Andrade: “(...) no contexto da globalização, vêm ganhando força princípios e valores no sentido de preservar a neutralidade fiscal entre os países, com vistas a evitar, de um lado, um tratamento inibidor à livre mobilidade do capital pela via da discriminação e, de outra parte um tratamento benévolo, que possa, por si só, influenciar decisões de investimento. Tal é o caso, por exemplo, dos princípios da não-discriminação tributária do capital estrangeiro, com a equiparação de tratamento dispensado ao capital de origem estrangeira comparativamente ao capital dito nacional, da uniformidade do tratamento tributário a contribuintes em situação equivalente, da proibição da dupla incidência tributária e da limitação dos benefícios dos tratados quando deles resultar dupla não-tributação (princípio da tributação única). Tais princípios coadunam-se com a Constituição da República, e devem ser obrigatoriamente observados nas hipóteses em que se apliquem.. Idem. p. 231.

⁶⁷SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11. p. 241-243.

indutor da norma tributária poderá tanto permitir o aperfeiçoamento da livre concorrência como produzir consequência inversa.

Desse modo, o princípio da livre concorrência, inserto no fundamento da livre iniciativa (*caput* do art. 170 da CF) que pauta a Ordem Econômica Constitucional, pode nortear ou até mesmo limitar as normas tributárias, o que constituiria justificativa suficiente para as normas que oneram as operações com “paraísos fiscais”.

Para Luís Eduardo Schoueri⁶⁸, “as leis tributárias são movidas por motivações diversas, próprias da intervenção econômica (se há uma falha de mercado, importa intervir no domínio econômico, para sua correção)”. Pondera, ainda, que “é nesse contexto que se inserem as normas tributárias indutoras que modelam a livre concorrência, que buscarão naquele princípio a justificção para a diferenciação”.

Verifica-se, portanto, que a previsão diferenciadora do art. 25 da Lei nº 12.249/10 não traz em seu bojo uma afronta ao princípio da isonomia. Ao contrário, aplica a todo e qualquer contribuinte residente no Brasil as restrições nele impostas, desde que realize operações com pessoas jurídicas ou físicas situadas em local que impute favorecimento tributário que, por via oblíqua, logre prejudicar a livre concorrência brasileira.

Nesse aspecto, esse dispositivo restaura o equilíbrio anteriormente rompido pela jurisdição do mutuante ao prever favorecimento fiscal à receita ali reconhecida, impondo, portanto, distorções concorrenciais perante os residentes que tomam empréstimos de jurisdições que não prevejam tal favorecimento.

André Martins de Andrade⁶⁹ ressalta que “o desafio que tem afigurado mais complexo do que a eliminação da dupla tributação tem sido o enfrentamento dos Estados nacionais contra a grande vantagem inerente às empresas multijurisdicionais representada pela utilização de paraísos fiscais”.

⁶⁸Idem. p. 251.

⁶⁹ANDRADE, André Martins. Op. cit.. Loc. cit..

Desse modo, apesar de parecer contraditório, a suposta diferenciação proposta pelas normas tributárias, tanto por ocasião da interferência na esfera econômica para modelar a livre concorrência quanto para atribuir sujeição a tributos com base na capacidade contributiva, encontra-se totalmente respaldada pelo princípio da isonomia e/ou da igualdade tributária, cuja máxima é garantir um tratamento idêntico apenas àqueles que se encontrem em situações equivalentes, ou seja, prevendo um tratamento desigual aos desiguais.

O art. 25 da lei em comento, portanto, justifica a previsão de tratamento mais oneroso para as operações realizadas com país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado com o objetivo de garantir a isonomia tributária e, por conseguinte, a livre concorrência. Não só isso. Esse dispositivo, ao dispor um tratamento mais oneroso às operações com “paraísos fiscais”, não só evita a erosão da base de cálculo do IR e da CSLL como também desestimula eventuais simulações de operações de empréstimos que pretendam o reingresso no país de valores anteriormente remetidos ao exterior e não declarados.

Tal norma visa, por certo, o alcance da chamada “neutralidade da tributação”⁷⁰ que, na lição de Luís Eduardo Schoueri⁷¹, garante “um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado”.

Contudo, se por um lado o art. 25 da lei em questão assegura a livre concorrência ao onerar as operações realizadas com país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, o mesmo não se pode afirmar quanto ao disposto no art. 24 desse diploma, vez que, ao agravar a carga tributária das subsidiárias oriundas de capital estrangeiro, impondo restrições à dedutibilidade das despesas de juros, evidencia o desfavorecimento concorrencial frente a subsidiárias brasileiras.

Resta evidente, portanto, que apenas o art. 24 da Lei nº 12.249/10, originado da MP 472/029, viola não somente o princípio constitucional da isonomia e/ou igualdade tributária (art. 5º e 150, II, da CF), mas também o da livre concorrência.

⁷⁰Cf. André Martins de Andrade, “A neutralidade, do ponto de vista do investidor, pode ser definida como a situação em que o fator tributário não pesa na balança da decisão em favor de uma ou outra jurisdição”. Op. cit., p. 183.

⁷¹SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 254.

6.3. A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO COM AS DE *TRANSFER PRICING*

Impõe-se, ademais, uma análise crítica sobre a harmonização das regras de subcapitalização, recentemente introduzidas no ordenamento brasileiro, com os mecanismos de *transfer pricing* já previstos anteriormente na legislação.

O *transfer pricing* se atém, dentre outras situações, às operações de empréstimos entre partes relacionadas que não observaram para a cobrança dos juros parâmetros considerados de mercado. A subcapitalização, por sua vez, se pauta na proporção de capital e dívida entre sociedades investida e investidora, que normalmente não ocorreria entre partes independentes.

Para Ned Shelton⁷², “a subcapitalização é normalmente medida em termos de montantes da dívida e capital no balanço e da razão que leva um para o outro. No entanto, se há uma taxa não *arm’s length* de juros cobrada sobre os empréstimos entre partes relacionadas, isso aponta para um problema de *transfer pricing*, ao invés de uma situação de subcapitalização” (tradução livre).

Helena Taveira Tôres⁷³ faz uma importante advertência quando esclarece que “com frequência encontramos estudos que pretendem aproximar a figura da subcapitalização com a de preços de transferência em matéria de juros, mas isso não tem o menor sentido. O único ponto em comum que há entre os dois é a prática de taxas de juros com percentuais distintos daqueles praticados entre pessoas não vinculadas, em condições de livre-concorrência, com aplicação do *arm’s length*. Contudo, mesmo que

⁷²“(…) thin capitalization is normally measured in terms of the amounts of debt and equity in the balance sheet and the ratio which one bears to the other. However, if there is a non-arm’s length rate of interest charged on borrowings between related parties, this points to a transfer-pricing problem, rather than a thin capitalization situation (although this is sometimes disputed, particularly for purposes of the application of tax treaties)”. SHELTON, Ned. Op. cit. p. 527.

⁷³ O aludido jurista, ao tratar dos regimes de *transfer pricing* e da subcapitalização, explica ainda que “em geral, não há rigor no modo como a doutrina do Direito Tributário reporta-se à “subcapitalização” (*thin capitalization*) ou ao *transfer price*, para dizer destes: i) ora como a descrição do fenômeno; ii) ora como a expressão dos seus problemas de ordem fiscal; e iii) ora como aplicação de métodos para solucionar sua casuística. Coloquemos todo no devido lugar. Existem 1) ‘a subcapitalização’ – tema de ordem comercial e contábil; 2) os problemas fiscais decorrentes da subcapitalização; 3) as formas de tratamento dos problemas fiscais inerentes à subcapitalização. Tal qual, existem: a) o *transfer pricing*; b) os problemas decorrentes do *transfer pricing*; e c) as formas de tratamento das questões fiscais relativas ao *transfer pricing*”. TÔRES, Helena Taveira. Op. cit. p.532.

ambos os mecanismos permitam a transferência de ‘base de cálculo’ de um país para o outro, em prejuízo do primeiro, não podemos deixar de verificar que os fundamentos de existência de ambos são plenamente divorciados”.

Em complemento, esse mesmo autor ensina que “enquanto no preço de transferência o fator preponderante de fundamentação do controle fiscal consiste na própria fixação de preços acima ou abaixo daquele que se teria praticado entre partes não vinculadas, quando em condições análogas, na subcapitalização a taxa de juros reduzida, em relação à que se pratica no mercado, em condições *at arm’s length*, é só uma consequência indesejada do problema, que é a dissimulação de uma operação de financiamento da sociedade por pessoas ligadas, como se fosse com recursos alheios que se deva remunerar com juros. (...) A taxa de juros praticada não é o mais importante, para fins dos atos de controle”.⁷⁴

Apesar de tais regimes considerarem bases de comparação distintas, não se pode negar que o efeito quanto às despesas de juros será o mesmo, qual seja, de restrições à dedutibilidade de determinado montante, podendo coincidir, em algumas hipóteses, a base que servirá de cálculo para tal restrição. Isso ocorreria, por exemplo, na situação em que a empresa investida residente no Brasil possua empréstimo em favor de sua controladora situada no exterior. Tal situação se submeteria tanto às normas de subcapitalização quanto às normas de *transfer pricing*.

A legislação em vigor, contudo, não dispõe sobre a forma de harmonização de tais regimes, prevendo tão somente que as disposições no art. 24 e 25 não prejudicam o disposto no art. 22 da Lei nº 9.430/96, que trata dos preços de transferência nos juros entre partes relacionadas.

Assim, no intuito de garantir a segurança jurídica do contribuinte numa situação como aquela exemplificada acima, resta concluir que as regras de subcapitalização coabitam com os mecanismos de *transfer pricing*. Nesse contexto, o contribuinte deverá

⁷⁴Idem. p. 533.

efetuar o cálculo com base em cada um dos regimes para apurar o montante que será considerado indedutível, optando ao final pela adição do valor mais gravoso⁷⁵.

6.4. O MOMENTO DA EFICÁCIA DA NOVA MATRIZ LEGAL

Quanto ao momento da eficácia, ou seja, da produção de efeitos das normas de subcapitalização inicialmente introduzidas pela MP 472/09, cumpre avaliar alguns aspectos relevantes.

Da leitura do art. 60 da MP 472/09, cuja redação final é a do art. 139, I, “d”, da Lei nº 12.249/10, ao contrário do que se esperava em relação à observância aos princípios da anterioridade e da noventena, verifica-se que tal norma previu que os arts. 24 e 25 passariam a produzir efeitos a partir da sua publicação, datada de 16.12.2009.

É interessante notar que o legislador, quando pretendeu aplicar os princípios ora em comento, o fez expressamente aos arts. 53 a 57, inclusive com justificação na Exposição de Motivos.⁷⁶

Impõe-se, nesse momento, avaliar se as restrições à dedutibilidade dos juros introduzidas pelos arts. 24 e 25 implicam majoração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de modo a demandar a observância dos princípios da anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF) àquele e da noventena (195, § 6º, da CF) a este.

Em relação ao IRPJ, parte-se da análise do art. 44 do CTN que dispõe o seguinte: “a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”.

⁷⁵A Lei nº 12.249/10 acrescenta à redação original de ambos os arts. 24 e 25, os correspondentes §§ 4º com a seguinte redação: “os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal”. Todavia, enquanto não regulamentada, essa sistemática dificultará qualquer harmonização pretendida entre os regimes em análise.

⁷⁶EM Interministerial nº 00180/2009 - MF/MDIC: “113. A forma e prazos do recolhimento da Taxa de Fiscalização, bem como as penalidades pertinentes ao seu descumprimento são estabelecidos nos arts. 53 a 57. Esta proposta de Medida Provisória revoga a Lei nº 7.944 de 1989, entra em vigor em 1º de janeiro de 2010 e produz efeitos a partir do primeiro dia do quarto mês subsequente ao da sua publicação, respeitando os princípios da anterioridade e da noventena”.

Adotando a lição de Ricardo Mariz de Oliveira,⁷⁷ afirma-se que esse artigo traduz na verdade a essência da base de cálculo do IR. Esse autor ressalta que a lei, após considerar todos os proventos e todas as rendas como integrantes da base de cálculo, “dedica-se a relacionar expressamente as exceções à consideração global e total de todas as rendas e todos os proventos isentos, além de outros ajustes na base primitiva, os quais se constituem em diferimentos, incentivos e compensações”.⁷⁸

E, em complemento, ele ainda destaca que, tendo em vista o fato de que “o princípio da universalidade não convive com situações nas quais a base de cálculo não seja a totalidade – a universalidade – dos fatores positivos e negativos que afetam o patrimônio no curso do período-base”, resta ao legislador o desafio de estabelecer limites para as restrições legais.⁷⁹

Infere-se, portanto, que a essência da base de cálculo do IRPJ é formada tanto pelos lucros real, arbitrado e presumido, nos quais se incluem as adições e exclusões previstas na legislação, que implicam receitas e despesas não tributáveis ou não dedutíveis, respectivamente, ou ainda diferidas.

Ademais, ao tratar o autor de ajustes na chamada base primitiva, denota-se que o montante aferido em momento posterior a tais ajustes traduzirá simplesmente a base de cálculo efetiva, que se perfaz pela totalidade dos fatores positivos e negativos, impondo a conclusão de que as restrições à dedutibilidade dos juros previstas pelos art. 24 e 25 da MP 472/09 implicam majoração da base de cálculo do IRPJ, pois com ela se confundem.

Aliás, ao tratar da observância do princípio da anterioridade às normas editadas no mês de dezembro, Roque Antonio Carraza⁸⁰ respalda a conclusão acima, incluindo no rol de majoração as deduções e abatimentos ao dispor que: “entendia-se, equivocadamente, que, se uma lei entrasse em vigor no dia 31 de dezembro alterando, em desfavor do contribuinte, alíquotas, formas de cálculo de rendimentos, sistemas de

⁷⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 401.

⁷⁸ Idem. p. 405.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 189.

deduções e abatimentos etc. ela poderia perfeitamente incidir no mesmo dia, isto é, no mesmo exercício financeiro”.

Portanto, caracterizada a majoração da base de cálculo do IRPJ pela introdução dos arts. 24 e 25 da MP 472/09, que prevêem restrições à dedutibilidade das despesas de juros, impõe-se a tais normas, por conseguinte, a observância do princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF).

Considerando, contudo, o fato de que a majoração se deu por meio de Medida Provisória, importa registrar o teor do § 2º do art. 62 da CF que dispõe: “Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

Assim, tendo em vista que a MP 472/09 não foi convertida em lei no exercício em que ela foi publicada, em relação ao IRPJ, as restrições constantes nos art. 24 e 25 de tal norma só produzirão efeitos a partir de 01.01.2011.

No caso das demais hipóteses de partes relacionadas alcançadas pela redação final do art. 24 na Lei nº 12.249/10, a data de vigência mencionada não sofrerá alteração.

No que tange à CSLL, as conclusões de que as restrições à dedutibilidade dos juros implicam majoração de base de cálculo também se aplicam a esse tributo.

Desse modo, os efeitos dos arts. 24 e 25 da MP 472/09 somente serão impostos a partir de 16/03/2010, observado o princípio constitucional da noventena disposto no art. 195, § 2º. Nesse aspecto, as demais hipóteses de partes relacionadas, não previstas na redação original do art. 24 da MP n.º 472/09, só se sujeitarão às normas de subcapitalização nos moldes do art. 24 da Lei 12.249/10 a partir de 90 dias contados da publicação de tal norma, que ocorreu em 14.06.2010⁸¹.

⁸¹ Sustenta-se esse entendimento a despeito da previsão constante no art. 139, I, “d”, da Lei 12.249/10 no sentido de que os efeitos serão produzidos a partir de 16.12.09.

Apesar da conclusão ora exposta, não se pode deixar de mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no tocante ao julgamento da trava de trinta por cento na compensação de prejuízos fiscais, decidiu, em julgado recente,⁸² que o direito à compensação integral desses valores não passa de mero benefício fiscal, não implicando as restrições legais em alteração (majoração) da base de cálculo do tributo.

Com base nesse julgado, é possível admitir que o STF venha a entender que a restrição à dedutibilidade de despesas de juros também não altera as bases de cálculo do IR e da CSLL, equiparando-a ao conceito de benefício fiscal, impondo, por conseguinte, a aplicação imediata dos efeitos das normas em questão.

Ainda que prevaleça o entendimento do legislador ordinário no sentido de que a indedutibilidade da despesa não constituiria qualquer majoração do imposto sujeito à anterioridade, é de notar que, com respeito ao texto legislativo introduzido por emendas⁸³, a eficácia se dá a partir da publicação da lei e não da medida provisória.

6.5. PRESUNÇÕES ABSOLUTAS E BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO

Aferido o momento de eficácia dos artigos em comento, resta ainda abordar a legitimidade da presunção absoluta trazida pelos §§ 3º dos arts. 24 e 25⁸⁴, bem como a aplicabilidade imediata do art. 25 em relação ao conceito de “paraísos fiscais”.

Os §§ 3º dos art. 24 e 25 dispõem que, após verificado o excesso em relação aos limites fixados em tais normas, “o valor dos juros relativos ao excedente da dívida será considerado despesa não necessária à atividade da empresa (...) e indedutível para fins de Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido”.

⁸²Recurso Extraordinário nº. 344.994. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2021643>. Acesso em: 11.03 2010.

⁸³ A emenda mais relevante é a que estendeu a aplicação do art. 24 a todas as hipóteses de vinculação e não somente a de participação societária.

⁸⁴ Essa previsão ocorre tanto na redação original da MP 472/09 quanto na redação final da Lei nº 12.249/10.

Ao prever que será descaracterizada automaticamente (de imediato) a necessidade da despesa, tais dispositivos impõem uma presunção absoluta, ou seja, que não admite prova em contrário.

Para Ricardo Mariz de Oliveira,⁸⁵ só o fato de uma norma prever restrições à dedutibilidade de despesas já implica considerá-la anacrônica e antijurídica porque, dentre outras razões, a partir de 1988 passaram a contrariar o princípio constitucional da universalidade.

E esse mesmo autor complementa afirmando que: “a injuridicidade dessas restrições também decorre de que as evasões devem ser combatidas caso a caso, com provas seguras da sua ocorrência e a devida penalização dos seus autores, e não através de normas gerais e injustas, que atingem todos os contribuintes e que não se preocupam em distinguir os casos de deduções legítimas dos fraudulentos (...)”. Ademais, quando essas normas mandam adicionar à base de cálculo os valores de determinados dispêndios, não obstante a constatação e comprovação de que eles efetivamente ocorreram, na verdade criam ficções inconstitucionais de lucro em que lucro não existe, ou de lucro maior do que o efetivamente existente”.⁸⁶

Depreende-se, portanto, que a presunção absoluta, trazida pelas normas ora em análise, criam as chamadas ficções legais absolutas, contra as quais Hugo de Brito Machado⁸⁷ se posiciona expressamente ao lecionar que: “É admissível, outrossim, a liberdade do legislador para estabelecer normas reguladoras da determinação do montante da renda, tendentes a evitar práticas fraudulentas. Não pode ele, porém, a esse pretexto, criar ficções legais absolutas. Nem pode, de qualquer outro modo, regular de tal forma a determinação da base de cálculo do imposto, que este termine por ser devido sem que tenha ocorrido o fato renda, vale dizer o acréscimo patrimonial”.

Assim, ainda que haja quem entenda amplos os poderes do legislador quanto ao estabelecimento de normas no tocante à imposição de restrições à dedutibilidade de

⁸⁵OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Op. cit..

⁸⁶Idem. p. 407-408.

⁸⁷MACHADO, Hugo de Brito. A Supremacia Constitucional e o Imposto de Renda In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Estudos sobre Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 47.

certos custos e despesas, a melhor doutrina denota a sua contrariedade à formação de ficções legais que não admitem prova em contrário, onerando tanto o contribuinte que possui razões que não se confundem com a exclusiva intenção evasiva quanto os demais cuja tal intenção é única.

Aliás, nesse sentido já foram citadas no item 4 as conclusões da XIX Jornada ocorrida em Lisboa em 1998, que refletem o posicionamento de que as normas de subcapitalização não devem trazer em seu contexto presunções absolutas.

Pode-se sim argumentar que tais conclusões não passam de orientações doutrinárias internacionais que, a princípio, não obrigam à observância pelo Brasil. Contudo, há que se ressaltar que elas exprimem a doutrina mais atual e abalizada sobre o tema, além de denotar a tendência internacional em termos legislativos.

Ademais, teria sido mais apropriado ao legislador não vincular o conceito de necessidade à restrição de dedutibilidade de despesas, vez que tal conceito se estabelece de forma objetiva. Bastaria, então, ter-se valido da possibilidade de pura e simplesmente estabelecer a restrição à dedutibilidade das despesas em comento.

Com base nessa descaracterização da despesa necessária, pode a autoridade fiscal, contudo, pretender valer-se do argumento de que não se trata de majoração da base de cálculo dos tributos IR e CSLL.

Essa ilação seria válida se fosse dado ao contribuinte a faculdade e a correspondente oportunidade de comprovar a necessidade da despesa, no caso concreto, a despeito do excesso aos limites legais. Tratar-se-ia, neste caso, de presunção relativa (admissível), e não da presunção absoluta, violadora do conceito constitucional de renda.

6.6. A NECESSIDADE DA LISTA DE PARAÍSO FISCAL (*black list*)

Analisa-se, em sequência, a auto-aplicabilidade do art. 25 da MP n.º 472/09⁸⁸, que impõe a restrição à dedutibilidade de juros nas operações de empréstimo realizadas com país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Por ocasião da introdução das regras de preço de transferência, o Brasil dispôs pela primeira vez em seu ordenamento jurídico sobre o conceito de “países com tributação favorecida”, previsto no art. 24 da Lei nº 9.430/96 como sendo aquele “que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento”.

O art. 4º da Lei nº 10.451/02, por sua vez, estendeu a aplicação do regime de preços de transferência também às operações realizadas com países com sigilo societário, consistentes naqueles “cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade”.

Diante da dificuldade de aplicação de tais conceitos pelo próprio contribuinte e tendo em vista não lhe ser exigido conhecer a legislação de país estrangeiro, a Secretaria da Receita Federal editou a IN 188/02,⁸⁹ listando⁹⁰ taxativamente⁹¹ os países ou dependências de tributação favorecida e sigilo societário.

Com a introdução, pela Lei nº 11.727/08, do art. 24-A⁹² à Lei nº 9.430/96, ampliou-se o conceito até então vigente de modo a alcançar também os chamados

⁸⁸ Convertida na Lei nº 12.249/10.

⁸⁹ Essa Instrução Normativa revogou a IN SRF nº 33, de 30.03.2001, que relacionara países ou dependências com tributação favorecida para efeito da tributação de beneficiário residente ou domiciliado naqueles países.

⁹⁰ Também conhecida por *black list*.

⁹¹ Alberto Santos Pinheiro Xavier, ao tratar das alíquotas reduzidas previstas pelos países com tributação favorecida, ressalta que “(...) evidentemente o ônus da prova desta alíquota não deve caber ao contribuinte, porque este não tem como ter acesso às legislações daquela infinidade de territórios mencionados. A lista elaborada pela Receita Federal tem caráter taxativo; portanto, em qualquer território não constante desta lista não se produzirão os efeitos jurídicos que a lei atribuiu aos conceituados de paraíso fiscal”. O Direito do Estado Produtor da Renda à Percepção do Imposto Respetivo e os Chamados Passageiros Clandestinos (Pessoas que Deslocam seus Lucros para Terceiros Países). In: IX Congresso de Direito Tributário da ABRADT. Belo Horizonte, 2005. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 4. p. 95-102.

⁹² Art 24-A, Lei 9.430/96: “Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior.

regimes fiscais privilegiados. A edição desse dispositivo gerou novamente a polêmica quanto à necessidade de edição pela Receita Federal do Brasil de nova lista dos países ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Na ocasião em que fora editada a lista da IN SRF nº 188/02, ocorreram diversas discussões acerca da sua taxatividade ou não. Restou, contudo, majoritária a corrente que entendia ser tal enumeração taxativa, com a idéia subjacente de que não é imputada ao contribuinte a obrigação de conhecer legislação alheia à da sua residência.

Apesar das alterações introduzidas pela Lei nº 11.727/08, entende-se que de forma geral não poderia ser outra a conclusão a ser aplicada também nesse novo contexto, exigindo, por conseguinte, a atualização de tal lista pela Receita Federal do Brasil para incluir os chamados regimes fiscais privilegiados e demais países ou dependências com tributação favorecida.

A natureza taxativa dessa lista fora, contudo, ratificada com a recente publicação da IN RFB nº 1.037/10, ocorrida em 07.06.2010, que revoga, por conseguinte, a IN 188/02.

No art. 1º desse ato normativo, são relacionados os países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, acrescentando à lista anterior mais de uma dezena de jurisdições diferentes. Dentre elas, registra-se que a mais relevante se refere à Suíça.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características:

- I - não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);
- II - conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:
 - a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
 - b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
- III - não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;
- IV - não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas”.

O art. 2º, por sua vez, relaciona os regimes fiscais privilegiados, levando-se em conta o tipo societário ou sua forma de operação. Como exemplo, foram enumeradas a *holding company* situada em Luxemburgo, na Dinamarca e no Reino dos Países Baixos. Também foram incluídos o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Safi (até 31.12.2010) no Uruguai, *offshore* KFT na Hungria, LLCs estaduais norte-americanas nas condições que especifica e ETVEs na Espanha, dentre outras.

Apesar de a Receita Federal do Brasil ter publicado recentemente essa lista, é imperioso ressaltar que nas operações realizadas entre empresa-mãe, residente no Brasil, e subsidiária, estabelecida no exterior, não se pode argumentar o desconhecimento da legislação estrangeira pela empresa brasileira, vez que esta obrigatoriamente terá ciência da legislação fiscal e societária do país em que gera e consolida resultados.

Desse modo, na hipótese de empréstimos entre empresa brasileira e subsidiária estrangeira, há que se ter cautela quanto a não aplicação do art. 25 da MP 472/09, posteriormente convertida na Lei nº 12.249/10, apenas com base exclusivamente no fato de o país da investida não constar na atual *black list* da Receita Federal do Brasil, vez que nessa circunstância se torna frágil o principal argumento que respalda o caráter taxativo da lista, qual seja, de que não lhe é exigido conhecer a legislação estrangeira.

6.7. QUESTÕES PROCEDIMENTAIS DE APLICAÇÃO DA NORMA

Os incisos I e II do art. 24⁹³ da Lei n.º 12.249/10 dispõem que o valor do endividamento será verificado por ocasião da apropriação dos juros. Isso demandará do contribuinte o controle mensal do montante de juros reconhecidos contabilmente *versus* o montante da dívida nesse momento. Nessa sistemática, tais juros poderão ser dedutíveis em um mês e no próximo não, se consideradas as variáveis dos saldos das dívidas e do valor do Patrimônio Líquido.

Ademais, por se tratar da data da apropriação, tal norma alcançará também contratos celebrados anteriormente à sua publicação.

⁹³ As disposições na redação original do art. 24 da MP 472 também dispunham sobre a verificação do limite por ocasião da apropriação dos juros.

O inciso III do mesmo artigo, por sua vez, impõe a verificação⁹⁴ do limite da dívida no valor total do somatório dos endividamentos verificados na data da apropriação, independentemente de registro dos contratos no Banco Central do Brasil (§1º). Nesse aspecto, entende-se que a norma visa alcançar somente os endividamentos com pessoas vinculadas.

A questão que suscita dúvidas é quais tipos de endividamentos serão considerados, vez que há possibilidade de ocorrerem dívidas comerciais de vendas de produtos ou prestação de serviços entre pessoas vinculadas, por exemplo.

A razoabilidade nesse contexto direciona à interpretação de que tais dívidas não serão consideradas no montante que servirá de base para avaliação do limite. Contudo, diante da falta de clareza do dispositivo, instaura-se por certo a insegurança jurídica na respectiva aplicação de tal norma pelo contribuinte.

Ainda nesse aspecto, entende-se que a dívida de pagamento de Juros sobre Capital Próprio (JCP)⁹⁵ não se enquadraria no conceito de endividamento trazido pelo dispositivo normativo em comento, vez que sua natureza jurídica é distinta dos demais tipos de dívida. Contudo, pairam também dúvidas nesse ponto.

No tocante ao art. 25 da Lei n.º 12.249/10, tanto na redação original constante na MP 472/09 quanto na redação final publicada, não há previsão sobre o momento em que devem ser considerados os juros. Por razoável, entende-se que é possível a aplicação da analogia para se valer do disposto no art. 24, ou seja, na ocasião da respectiva apropriação.

⁹⁴Essa verificação é cumulada com o disposto no inciso I do art. 24 da MP 472/09.

⁹⁵Diante da natureza dos Juros sobre o Capital Próprio e da conseqüente dedutibilidade legal dos valores pagos a esse título, entende-se que, em razão da introdução de normas de subcapitalização, que não é garantida a manutenção desse instituto na legislação tributária brasileira.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da definição trazida pela doutrina mais atual e abalizada sobre o tema e considerando a tendência internacional em termos legislativos e jurisprudenciais, infere-se ser legítima a atitude do Brasil de editar normas antielisivas que desestimulem o fenômeno da subcapitalização.

Pautando-se em uma análise sistêmica do ordenamento jurídico vigente, é válido argumentar que a busca por mecanismos adequados que evitem a erosão da base de cálculo tributária sem dúvida é um poder – dever da Administração Tributária brasileira.

Aliás, outra atitude não se exigiria diante de uma interpretação extensiva do princípio constitucional administrativo da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, que, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁶, “impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar”.

Desse modo, ampliando o alcance do conceito acima, entende-se factível aplicá-lo não somente por ocasião da utilização dos recursos públicos e na prestação de serviços administrativos, mas também na elaboração do processo legislativo tributário em busca da auferição de tais recursos, justificando assim a criação de mecanismos que impeçam manobras artificiosas e violadoras do interesse comum.

Contudo, é imperativo que esse movimento de criação de normas antielisivas se dê com total observância dos princípios de direito aplicáveis à matéria.

Com exceção da previsão que garante a neutralidade tributária ao onerar operações realizadas com “paraísos fiscais”, houve por certo a inobservância de princípios extremamente relevantes, comprometendo a legitimidade das normas de subcapitalização introduzidas recentemente no ordenamento jurídico brasileiro.

Como solução simplificada de adequação dessas normas, sugere-se a extensão das restrições de dedutibilidade de juros às subsidiárias/vinculadas

⁹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 73.

constituídas/financiadas também por capital brasileiro e a consideração de que tais restrições implicam necessariamente majoração de base de cálculo, impondo a total observância aos princípios da anterioridade e da noventena.

Partindo da premissa de que há, por vezes, inúmeras razões que justificam uma operação de empréstimo entre sócios e sociedade investida, como, por exemplo, a necessidade imediata de recursos e a eventual burocratização para o respectivo aumento de capital, propõe-se, ainda, a substituição de presunções absolutas por relativas, admitindo ao contribuinte de boa-fé a prova de que não realizou operações de empréstimos de maneira artificiosa e que visem tão somente efeitos fiscais.

Por fim, à legislação em comento caberia também a clarificação das questões procedimentais suscitadas no item 6.7, de modo a garantir a segurança jurídica do contribuinte.

8.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 512 p.
- ANDRADE, André Martins. *A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. 413 p.
- AVI-YONAH, Reuven S.; RING, Diane M; BRAUNER, Yariv U.S. *International Taxation. Cases and Materials*. New York: Foundation Press, 2005. 2nd ed. 574 p.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 1063 p.
- _____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 859 p.
- BLANCO, Cristina García-Herrera. *Precios de Transferência y Otras Operaciones Vinculadas em El Impuesto sobre Sociedades*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001. p. 222-227.
- CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. In: 50th Congress of the International Fiscal Association. Geneva, 1996. *International Fiscal Association. Cahiers de Droit Fiscal International*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1996. v. LXXXIb. p. 367-375.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1041 p.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 423 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 751 p.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *European Tax Handbook*. Amsterdam: IBFD, 2006. 779 p.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *Global Corporate Tax Handbook 2007*. Amsterdam: IBFD, 2007. 876 p.
- INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. *Cahiers de Droit Fiscal International: International Aspects of Thin Capitalization*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1996. v. LXXXIb. 832 p.
- LIND, Stephen A.; et. al., *Fundamentals of Corporate Taxation. Cases and Materials*. 6th ed. New York: Foundation Press, 2005. 738 p.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 552 p.
- MAISTO, Guglielmo (Ed.). *International and EC Tax aspects of Groups of Companies*. IBFD: Amsterdam, 2008. p. 220-221.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1209 p.
- OECD GLOSSARY OF TAX TERMS. Disponível em: <
http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_34897_33933853_1_1_1_1,00.html#T>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2010.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 271 p.
- PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1070 p.
- ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 12ª ed. São Paulo: Renovar, 1997. 799 p.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Livre Concorrência e Tributação*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11. p. 241-271.
- SHELTON, Ned. *Interpretation and Application of Tax Treaties*. UK: LexisNexis, 2004. p. 527-529.
- TABOADA, Carlos Palao. *Fiscalidad International*. 2ª ed. Madri: Centro de Estudios Financieros, 2005. p. 809-834.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Capital Estrangeiro e Princípio da Não-Discriminação Tributária no Direito Interno e nas Convenções Internacionais. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 87. p. 33-53.
- _____. *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 667 p.
- VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 3rd ed. Kluwer Law International Ltd, The Netherlands, 1997, 1688p.
- XAVIER, Alberto Santos Pinheiro. O Direito do Estado Produtor da Renda à Percepção do Imposto Respectivo e os Chamados Passageiros Clandestinos (Pessoas que Deslocam seus Lucros para Terceiros Países). In: IX Congresso de Direito Tributário da ABRADT. Belo Horizonte, 2005. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. v. 4. p. 95-102.

XAVIER, Alberto; EMERY, Renata. Subcapitalização. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2010. v. 176. p. 7-15.

WEISS, Fernando Leme. *Princípios Tributários e Financeiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 314 p.

ANEXO - QUADRO COMPARATIVO DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO EM ALGUMAS JURISDIÇÕES

Alemanha	Reino Unido	EUA	Japão
- Os juros pagos decorrentes de empréstimos a longo prazo por pessoas jurídicas residentes a subsidiárias residentes ou não-residentes serão considerados, dependendo da relevância do valor, como distribuição de lucros disfarçada, caso os juros sejam pagos através de um financiamento excessivo em relação ao débito; - Tal relevância resta caracterizada quando a acionária detém, direta ou indiretamente, mais de 25% do capital nominal da companhia. Todavia, os juros são geralmente considerados como distribuição disfarçada apenas se os pagamentos excederem €250.000,00/ano; - Os débitos serão entendidos como excessivos quando ultrapassarem a razão débitos/patrimônio, a qual dependerá da natureza do financiamento da aludida dívida. Por exemplo, para juros fixos (são calculados como um percentual do montante principal, independentemente do lucro do devedor ou da movimentação). A razão 1,5:1 é aceitável, mas o excedente é tratado como distribuição de lucro, salvo se o contribuinte demonstrar a possibilidade de uma parte não-relacionada garantir tal empréstimo.	- As antigas regras de subcapitalização foram substituídas em 01/04/2004 de modo que a aplicação do (amplo) regime de “transfer pricing” foi estendido ao âmbito da subcapitalização. Isenção para observância dessas novas regras foi concedida apenas para empresas de pequeno e médio porte (respeitada a interpretação das normas vigentes na União Européia); - Duas companhias são consideradas relacionadas quando uma delas encontra-se sob o controle da outra ou quando ambas encontram-se sob a mesma administração. Pode-se dizer que uma pessoa jurídica exerce controle sobre uma outra se: (a) ela possui o poder para garantir que as condutas da outra companhia se alinham com o objetivo que deseja atingir; (b) o referido poder é exercido em decorrência da propriedade das ações e exercício do direito de voto (direta ou indiretamente) ou através de quaisquer outros poderes que concedidos por meio de documentos idôneos.	- Não possui uma razão dívida/patrimônio específica para utilização como critério para aplicação das regras de subcapitalização, embora se acredite que dificilmente o IRS (International Revenue Service) questionará razões iguais ou inferiores a 3:1; - Cada instrumento/operação é analisado (a) no contexto em que se aplica para que então seja definida a classificação de cada rendimento para fins tributários. Nenhum fator é suficientemente conclusivo, cabendo ainda ressaltar que o peso atribuído a cada fator dependerá dos fatos e das circunstâncias, além do efeito gerado na contabilidade. Alguns fatores a serem observados já foram divulgados como: (a) existência de uma promessa incondicional de pagamento de determinada quantia quando exigida ou em determinada data pré-fixada que se encontra em futuro relativamente próximo; (b) constatação de que os direitos dos proprietários/portadores do instrumento de exigir o pagamento do montante principal bem como dos juros; (d) permissão por parte do instrumento de que proprietários/ participem no gerenciamento da pessoa jurídica emitente; (e) subcapitalização da emitente; (f) identificação entre os proprietários/portadores do instrumento e ações na bolsa da emitente; (g) a intenção de tratamento dos instrumentos – como débitos (dívidas) ou como patrimônio/participação.	A pessoa jurídica residente poderá deduzir juros relacionados a dívidas contraídas com sua controladora estrangeira desde que respeitado o limite estabelecido do total dos débitos não exceder três vezes seu patrimônio e, ainda, que o balanço médio dos rendimentos dos juros não supere em três vezes o valor de seu capital social.

França	Espanha	Itália
– Novas regras de subcapitalização (desde 01/01/2007) e aplicadas às “empresas associadas”; – São consideradas “empresas associadas” aquelas em que (a) uma possui pelo menos 50% de participação - direta ou indireta – no capital da outra ou exerce o controle efetivo desta outra; (b) uma terceira empresa detém – direta ou indiretamente – o capital de duas outras empresas ou exerce o controle efetivo das mesmas; – A dedução dos juros pagos a empresas associadas deverá observar alguns limites, dentre eles: (a) a razão dívida/patrimônio de 1,5:1, calculada com base na comparação entre os empréstimos realizados com empresas associadas e o capital social; (b) a percentagem que envolve o valor a título de pagamento de juros em relação aos lucros percebidos pela empresa. – Os juros que excederem tais os limites não serão dedutíveis para fins fiscais no ano em que foram percebidos, mas poderão ser considerados, a partir do ano seguinte, respeitada uma redução de 5%/ano. Os juros poderão ser integralmente deduzidos caso a companhia demonstre que a dívida total (abrangidas suas associadas) não excede o total, apurado a nível mundial, dos débitos do grupo. – As limitações não se aplicam a certas transações financeiras bem como a pequenas operações (€150.000,00).	– Caso os empréstimos destinados a uma pessoa jurídica domiciliada na Espanha e oriundos de uma pessoa jurídica relacionada e não-residente da União Européia durante o ano seja superior a três vezes o montante referente aos rendimentos percebidos pela pessoa jurídica realizadora do empréstimo naquele mesmo ano (excluído o lucro), será o excedente dos juros reclassificado como dividendos para fins tributários (ou seja, não poderá ser tratado como despesa dedutível e estará sujeito à retenção na fonte); – Uma alíquota diferenciada poderá ser aplicada nos casos em que o contribuinte assim vier a requerer e se o realizador do empréstimo não estiver domiciliado em um país com tributação favorecida.	– Regras aplicadas a pessoas jurídicas (holdings) cuja movimentação exceda €5.164.568,99. Caso a dívida venha a exceder quatro vezes a equivalência relacionada a uma empresa relacionada, o montante atinente ao excesso do empréstimo garantido pela relacionada não será dedutível para fins tributários, podendo ainda ser reclassificado como dividendo em determinados casos; – “Acionistas qualificadas”, para fins de subcapitalização, trata-se de acionistas que direta ou indiretamente controlam a devedora ou detêm pelo menos 25% do capital da mesma; – “Partes relacionadas” são definidas como as pessoas jurídicas que são controladas (Código Civil italiano) ou parentes (legislação tributária italiana); – As regras de subcapitalização não se aplicam se a razão dívida/participação, tendo como referência todas as acionistas qualificadas e partes relacionadas, não exceder 5:1, bem como se o devedor provar que o débito excessivo é justificado pela sua própria capacidade de crédito ou pela garantia de terceiro.