

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIO - IBET.
ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONALIZANTE – DIREITO TRIBUTÁRIO**

Rachel Nogueira de Souza

**Análise das regras brasileiras de subcapitalização –
um estudo no âmbito do Imposto de Renda Pessoa Jurídica**

Brasília/DF, Março de 2012

RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA

**Análise das regras brasileiras de subcapitalização –
um estudo no âmbito do Imposto de Renda Pessoa Jurídica**

Trabalho apresentado como exigência parcial para
obtenção do título de especialista em Direito
Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos
Tributários – IBET

Brasília/DF, 2012

RACHEL NOGUEIRA DE SOUZA

**Análise das regras brasileiras de subcapitalização –
um estudo no âmbito do Imposto de Renda Pessoa Jurídica**

Trabalho apresentado como exigência parcial para
obtenção do título de especialista em Direito
Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos
Tributários – IBET

Avaliada em: ___/___/___

Nota Atribuída: _____

AGRADECIMENTOS

- ☆ Gostaria de agradecer, inicialmente, ao meu marido *Paulo Roberto* que primeiro me apoiou quando decidi fazer esta especialização e que paciente leu e releu cada trecho desta monografia. Obrigada por todas as palavras de carinho e atenção.
- ☆ Agradeço a minha mãe *Maria José*, por ter ficado com minha pequena Alice neste último semestre para que eu pudesse ir assistir às aulas da especialização. E também por ter cuidado pacientemente dela em janeiro, enquanto eu escrevia esta monografia.
- ☆ Agradeço, ainda, a todos aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para meu crescimento intelectual em todas as manhãs de sábado “perdidas”, em especial, a meus amigos *Augusto César Leal, Andréa Müssnich, Ariella, Raphael Castro, Indiara, Moisés, Thaísia, Marcelo Gentil*.
- ☆ Ao professor *Fernando*, que me ajudou na concretização, organização e concatenação deste trabalho. Obrigada por sua dedicação e paciência
- ☆ Agradeço a *Elizabeth* pela alegria que me recebeu todas as manhãs de sábado, tornando mais leves e insparadas as discussões ali travadas.
- ☆ Também gostaria de agradecer às professoras *Juliana e Olívia*, que sempre auxiliariam no esclarecimento das ideias, facilitando no desenrolar das nossas teses malucas.
- ☆ Por fim, dedico este trabalho à minha pequena *Alice*, que nasceu no final do penúltimo semestre desta especialização e que me proporciona risos diários que me fazem ter certeza que estou no caminho certo.

Resumo

Objetiva-se com este estudo analisar as novas regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/2010 e analisadas sob a ótica do Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Inicialmente, buscar-se-á demonstrar a sua inserção no ordenamento jurídico como uma norma anti-elisiva necessária. Em seguida, serão elencados alguns pontos controvertidos que serão analisados à luz dos princípios da isonomia tributária, da não discriminação, da livre concorrência e da anterioridade. Por fim, demonstrar-se-á a legitimidade da novel legislação, posto que, considerando 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, deve-se ter em mente sempre uma interpretação legislativa que se coadune com as políticas fiscais.

Palavras-chaves – Evasão fiscal – Subcapitalização – Imposto de Renda - juros

Abstract

The objective of this study was to analyze the new thin capitalization rules introduced by Law 12.249/2010 and analyzed from the perspective of the Corporate Income Tax. Initially, it will seek to demonstrate their integration into the legal system as a standard anti-elisiva necessary. Then will be listed some controversial aspects are analyzed in light of the principles of tax equality, non-discrimination, competition and prior. Finally, it will demonstrate the legitimacy of novel legislation, since, considering that the search for appropriate mechanisms to prevent the erosion of tax base calculation is undoubtedly a power - the duty of the Brazilian tax authorities should take into mind whenever a legislative interpretation that is consistent with fiscal policies.

Keywords - Tax evasion - Thin capitalization - Income Tax - Interest

Sumário

Introdução	1
Capítulo I – IRPJ e a Elisão Fiscal Internacional.....	3
1.1. Lucro real e o conceito constitucional de renda.....	3
1.2. Dedutibilidade de juros – regramento antes da Lei nº 12.249	6
1.3. A Elisão Fiscal Internacional e os Paraísos Fiscais.....	8
<i>Figura 1: Exemplo da utilização de Países de Tributação Favorecida (paraísos fiscais).....</i>	<i>11</i>
Capítulo II - Regras sobre subcapitalização.....	13
2.1. Noções gerais	13
2.2. Definindo Subcapitalização	15
2.3. As regras de Subcapitalização Brasileiras.....	16
<i>Figura 2: Empréstimo de empresa com participação.....</i>	<i>17</i>
<i>Figura 3: Empréstimo de empresa sem participação</i>	<i>18</i>
<i>Figura 4: Empréstimo de empresa que se encontre em JTF ou RFP</i>	<i>19</i>
2.4. Momento da eficácia e da auto-aplicabilidade das regras.....	20
2.5. Operações de Repasse	22
2.6. Presunções e Base de Cálculo do Tributo	24
2.7. Normas contra subcapitalização e o Princípio da Livre concorrência	26
Considerações Finais.....	30
Bibliografia	32

Introdução

A tributação internacional tem ganhado maior importância ao longo dos anos. Prova disso é a intensa produção legislativa e o consequente aumento de processos administrativos e judiciais a esse respeito. Com a crescente inserção do Brasil como um dos principais atores no mercado internacional, o ordenamento jurídico deve manter o país como: a) receptor de investimentos nos mercados financeiros e de capitais e nas obras de infra-estrutura; b) grande exportador de matérias primas; e c) importante investidor em terceiros países através de multinacionais brasileiras.

Neste cenário, ganha destaque a necessidade de combate à elisão fiscal. A utilização abusiva de manobras com a finalidade a supressão, redução ou postergação do pagamento do tributo tem sido observada no cenário mundial com atuação prejudicial à competição global. Dentre as diversas manobras utilizadas pelos contribuintes neste sentido, tem-se a subcapitalização, que será objeto deste trabalho.

Levando em consideração que o Relatório Geral da *IFA*¹, em 1996, destacou o fato de que o Brasil não possuía regras de subcapitalização, não existindo quaisquer práticas administrativas ou decisões judiciais que restrinjam a dedutibilidade de juros pagos por não residentes, foi que o governo brasileiro editou a Medida Provisória nº 472/2010.

A necessidade de normas para evitar a subcapitalização faz parte de recomendações proferidas pela OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, organização internacional de 34 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado.

Estas normas têm como objetivo principal combater um planejamento tributário que vinha sendo comumente utilizado em todo o mundo. Por meio deste planejamento, as pessoas jurídicas situadas no exterior, constituíam subsidiárias no Brasil e substituíam o capital social necessário a sua constituição por empréstimos. Assim, reduzia-se artificialmente o resultado tributável no Brasil, gerando lucros que eram tributados no exterior, muitas vezes em paraísos fiscais.

Na verdade, apenas se constatavam decisões isoladas sobre a questão, como uma decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos que no AMS n.º 92.966-RJ, DJ 12.06.1986 em que se *“confirmou decisão de primeira instância que dera tratamento tributário de dividendos a juros pagos por filial brasileira de empresa norteamericana à sociedade controladora desta, nos EUA, ao argumento de que se tratava, em verdade, de filial da própria controladora, e não da*

1 INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION – organização dedicada ao estudo e avanço do direito fiscal internacional e finanças públicas.

subsidiária”.

De modo a não gerar dúvidas sobre a necessidade de aplicação de regras para evitar a subcapitalização, converteu-se a referida Medida Provisória na Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010. A sua aplicação de forma plena foi possível pela regulamentação da Receita Federal do Brasil através da Instrução Normativa RFB nº 1.154, de 13 de maio de 2011, que dispõe sobre a dedutibilidade dos juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, considerada vinculada ou residente em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, e sobre a dedutibilidade de despesas gerais incorridas por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado.

Com base nas novas regras, para que os juros sejam dedutíveis é indispensável, cumulativamente, que a despesa com os juros seja necessária à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora e que o valor do empréstimo esteja situado dentro de limites estabelecidos com base no valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil. Havendo excesso em relação a esses limites, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa e não dedutível para fins do IRPJ e da CSLL.

Este trabalho busca trazer um panorama geral da novel legislação sobre a ótica do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, abordando, inicialmente, a raiz constitucional do tributo e a possibilidade da sua utilização como veículo de atingimento de políticas públicas. Posteriormente, analisar-se-á a Lei nº 12.249/2010, demonstrando os pontos de que possam suscitar controvérsia na sua aplicação.

Capítulo I – IRPJ e a Elisão Fiscal Internacional

1.1. Lucro real e o conceito constitucional de renda

Para um melhor estudo da subcapitalização no âmbito do imposto de renda pessoas jurídicas, necessário estabelecer, inicialmente, quatro premissas.

Premissa nº 1: O estudo da tributação no âmbito do imposto de renda deve levar em consideração os princípios constitucionais estabelecidos. Assim, as leis que tratam sobre a matéria não valem em si mesmas, conforme os ensinamentos de Marinoni (2006: 46), *“ao se dizer que a lei encontra limites e contornos nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição”*.

Premissa nº 2: Parece correto afirmar que existem parâmetros para a definição de renda e proventos de qualquer natureza e que estes estejam constitucionalmente estabelecidos, de acordo com Mary Elbe (QUEIROZ, 2003),

o significado dos vocábulos de renda e proventos de qualquer natureza e a definição que melhor se enquadra nos signos constitucionais, para o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer natureza e de que a exação:

i) Incide sobre as rendas e proventos de qualquer natureza que constituam acréscimos patrimoniais, riquezas novas, para o beneficiário (os excedentes às despesas e custos necessários para auferir os rendimentos e à manutenção da fonte produtora e da sua família), sobre os quais ele haja adquirido e detenha a respectiva posse ou propriedade e estejam à sua livre disposição, econômica ou juridicamente;

ii) Deve ser dimensionada levando em consideração a periodicidade necessária à sua quantificação, por meio da progressividade, a fim de atender à pessoalidade, de modo a aferir a real capacidade contributiva de quem a lei incumbe o ônus do imposto, no sentido de que aqueles que tenham mais contribuam mais; cuja incidência deverá ser de forma igual, universal e genérica para todos; e que a obrigação tributária respeite o mínimo vital necessário à sobrevivência e à dignidade humana e não produza o efeito de exaurir ou resultas no esgotamento da respectiva fonte em prestígio ao não-confisco, à legalidade, à isonomia e à segurança jurídica.

Assim, há parâmetros constitucionais e legais para a fixação dos abatimentos e deduções possíveis e seus respectivos limites e estes seriam os princípios constitucionais e aquilo que se encontra definido no CTN.

Premissa nº 3: O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza possui fundamento no texto constitucional no art. 153, III. Sendo o imposto de renda um tributo eminentemente fiscal, ou seja, sendo um tributo cuja finalidade é a de arrecadar pecúnia para os cofres do Estado, a capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CF) é essencial para a definição da regra-matriz de incidência, pois representa a medida que informa a fiscalidade no sentido de que *“se o contribuinte deve pagar o tributo porque tem condições, só deve no limite de suas forças”*(GOUVÊA, 2006: 53). Corresponde a princípio que constitui a mensuração da igualdade e

da desigualdade.

Premissa nº 4: Estudando mais profundamente o princípio da capacidade contributiva, alguns doutrinadores como, por exemplo, Paulo Ayres Barreto, apontam a redação do inciso I, do § 2º, do art. 153 da CF, que estabelece os corolários do princípio da capacidade contributiva, quais sejam: os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade. Ganha destaque para este estudo o princípio da universalidade que está presente tanto na incidência com relação à pessoa física quanto com relação à pessoa jurídica. Nas palavras de Paulo de Barros (CARVALHO, 2010: 677),

no direito brasileiro, até dezembro de 1995, as pessoas físicas submetiam ao princípio da universalidade, ao passo que, em matéria do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas, vigora o princípio da territorialidade. Ocorre que, com a Lei 9249/95, o Brasil passou a adotar o princípio da universalidade também para as pessoas jurídicas, de modo que, atualmente, são estas tributadas pelas rendas produzidas no exterior, regime que tende a consolidar-se, em face dos últimos aperfeiçoamentos implementados pelas Leis 9430/96 e 9532/97.

Este foi início da produção legislativa brasileira visando inserir o Brasil no cenário do mercado internacional. Destarte, substituiu-se o princípio da territorialidade pelo princípio da universalidade (*world wide income*), não havendo mais uma tributação mediante os limites objetivos da renda (art. 268 do RIR/99²), mas sim pelo elemento subjetivo da titularidade da renda³.

Estabelecidas estas premissas, passa-se ao estudo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica. A lei ordinária em vigor sobre a matéria é o Decreto-lei nº 1.598/77, com alterações, que define como base de cálculo deste imposto o lucro real, obtido a partir do lucro líquido, com as adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária (art. 6º, *caput*).

O lucro denota o resultado positivo da atividade empresarial. Explicando a diferença entre lucro real e lucro líquido, observem-se as lições de Rubens Gomes de Sousa (1954: 1 e ss.):

O sistema de tributação pelo lucro real é o comum, normalmente aplicável a todas as pessoas jurídicas de qualquer natureza. Baseia-se no lucro auferido em cada exercício social, demonstrado pelo balanço e pela conta de lucros e perdas.

Todavia, o lucro tributável não corresponde exatamente ao lucro contábil. Em primeiro lugar, nem todas as verbas passivas de conta de lucros e perdas são admitidas como deduções para efeitos fiscais; em segundo lugar, fixado o lucro 'real' (lucro bruto menos as deduções admitidas), a lei fiscal ainda prevê certos ajustamentos. Alguns desses ajustamentos se traduzem por abatimentos de verbas que contabilmente são ativas, mas que a lei não considera tributáveis; ao passo que outros consistem na adição de verbas

2 “o lucro proveniente de atividades exercidas parte no país e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no país”

3 Neste sentido, observe-se a redação dos arts. 25 e 26 da Lei 9.249/97 que consagraram o princípio da universalidade no âmbito do IRPJ:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001) (...)

Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital. (...)

contabilmente passivas ou neutras, mas que a lei considera tributáveis. A expressão lucro real significa, portanto, o lucro de balanço com os ajustamentos, para mais ou menos, expressamente permitidos ou determinados pela lei fiscal.

Como se sabe, para que possa incidir o imposto sobre a renda é necessário que haja acréscimo patrimonial e este deve ser confirmado e infirmado pela base de cálculo. Neste contexto, assume importância o termo “base calculada” que é “*a grandeza presente no elemento quantitativo da relação jurídica tributária, cumprindo o papel mensurador e determinativo do valor a ser prestado a título de tributo*” (BARRETO, 2009: 771).

A legislação tributária brasileira estabeleceu três regimes para o recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica: lucro real, lucro presumido⁴ e lucro arbitrado⁵.

No lucro real, o valor do tributo é calculado com base em todas as despesas e receitas do período (que pode ser trimestral ou por adiantamentos mensais), o que obriga a pessoa jurídica contribuinte a manter seus livros contábeis e comerciais corretamente escriturados.

O termo “Lucro Real” está previsto no art. 6º do Decreto-lei nº 1.598 e tem sua previsão regulamentar no art. 247 do RIR/99⁶. Os parágrafos dos referidos dispositivos estabelecem como parcelas a serem adicionadas para compor o Lucro real: a) o lucro líquido do período de apuração; b) parcelas dedutíveis; c) exclusões prescritas ou autorizadas e compensações de prejuízos. Conclui-se, portanto, que o ponto de partida para apuração do lucro real é o lucro líquido.

A definição do lucro líquido está constante no §1º do art. 6º do referido Decreto-lei e no art. 248 do RIR/99, correspondendo à “*soma algébrica de lucro operacional (art. 11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial*”.

Atente-se que este conceito, no entanto, não coincide com o previsto no art. 191 da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), uma vez que “*as normas que determinam os critérios de apuração do lucro societário têm um propósito e as normas fiscais têm outro, nada obstante trabalhem com a mesma matéria-prima, isto é, recortam a mesma porção da realidade*”(ANDRADE FILHO, 2011: 27).

Este objetivo distinto consta do próprio texto constitucional que estabelece um conteúdo mínimo do conceito constitucionalmente pressuposto de renda, conforme se afirmou alhures.

⁴ Quanto ao lucro presumido, o art. 15 da Lei 9.249/95 estabelece que o contribuinte é obrigado a manter lucro de caixa atualizado e o seu lucro será presumido conforme a atividade econômica exercida, com recolhimento trimestral.

⁵ Já o arbitramento do lucro para fins de incidência do imposto de renda apenas deve ser efetuado em hipóteses em que haja impossibilidade da sua aferição. Regra geral, o lucro arbitrado é imposto pelos agentes do Fisco àqueles contribuintes que não mantêm um controle contábil consistente.

⁶ Art 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto.

De acordo com José Artur Lima Gonçalves, o conteúdo do conceito de renda deve conter um confronto entre certas entradas e certas saídas ao longo de um determinado período. No caso do imposto de renda de pessoas jurídicas o saldo positivo resulta justamente no lucro real que representa o acréscimo patrimonial, essencial para o conceito constitucional de renda. No entanto, para que haja percepção de renda como acréscimo patrimonial necessário *“a restrição a ‘certas’ entradas e ‘certas’ saídas é imperativo do corte necessário à análise, somente daqueles eventos que tenham ontologicamente significado relacionado ao conceito do acréscimo patrimonial que entendemos configurar renda”* (GONÇALVES, 1997: 187).

Assim, partindo da necessidade do acréscimo patrimonial no conceito de renda é que, no âmbito do imposto de renda das pessoas jurídicas, se destaca a importância da noção de custos e despesas. Edmar Oliveira Andrade Filho faz muito bem a diferenciação entre estes dois termos, afirmando que *“as despesas, via de regra, fluem direta e imediatamente para o resultado no momento em que os bens e serviços e utilidades correspondentes são adquiridos ou consumidos”* (ANDRADE FILHO, 2011: 148). Já os custos *são agregados em contas do ativo (estoques ou serviços em andamento) e só afetam os resultados no momento em que a empresa obtém receita pela venda das mercadorias ou pela prestação de serviço”*(*ib idem*).

Para uma melhor análise do objeto deste trabalho, deve-se concentrar no estudo dos custos, especialmente no que diz respeito aos recursos dispendidos no âmbito financeiro. O já citado autor denomina de despesas financeiras os custos relativos à obtenção de recursos para a manutenção da fonte produtora, o que inclui os valores relativos à atualização monetária bem como os juros sobre empréstimos e financiamentos.

De acordo com o art. 234 do RIR/99, é possível a dedução de juros pagos ou incorporados pelo contribuinte quando estes forem pagos antecipadamente, de acordo com os períodos de apuração que competirem, ou quando os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente puderem ser registrados no Ativo Diferido para futura amortização. A regra é, portanto, da possibilidade de dedução dos juros pagos a terceiros na determinação do lucro real.

O problema surge quando se está diante de encargos financeiros de empréstimos entre empresas ligadas.

1.2. Dedutibilidade de juros – regramento antes da Lei nº 12.249

De acordo com o art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda/99, a regra geral é que *“são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa*

e à manutenção da respectiva fonte produtora”, estabelecendo a possibilidade da sua dedução desde que seja despesa útil e necessária à atividade da empresa.

Vigia até 2009 o limite de dedutibilidade nos casos de juros incorridos em empréstimos contraídos com partes vinculadas, ou seja, as regras de preços de transferência que exigiam que as operações fossem sujeitas a registro no Banco Central do Brasil, mediante taxa registrada, e, no caso de operações não sujeitas a registro, incidia a taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos, pelo prazo de 6 meses, acrescida de 3% anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros. Neste sentido, é o que dispõe o art. 22⁷ da Lei nº 9.430/96.

Trata-se de juros passivos, cuja forma de cálculo da dedutibilidade irá depender das datas, taxas e prazos estabelecidos no contrato ou conjunto de operações financeiras, sendo consideradas para fins destas últimas todas aquelas operações decorrentes de contratos, inclusive os de aplicação de recursos e os de capitalização de linha de crédito, que envolvam pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior não registrados no BACEN, cuja remessa ou ingresso de principal tenha sido conduzido em moeda estrangeira ou por meio de transferência internacional em moeda estrangeira. Quanto à utilização da Taxa *Libor*, esta deve ser aquela vigente na data do termo inicial do contrato, que será alterada a cada 183 dias, até a data do termo final do cálculo dos juros.

É justamente neste ponto que ocorreram as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 472 e a sua posterior conversão na Lei nº 12.249. Nas palavras de Edmar Andrade Filho (2011: 404/405):

A Medida Provisória nº 472, de 15-12-2009, introduz importantes modificações no tratamento fiscal, para fins de apuração de IRPJ e da CSLL, a ser dado ao valor de despesas realizadas junto a pessoas com sede ou domicílio no exterior. Em primeiro lugar, os arts. 24 e 25 tratam de dedução das despesas de juros pagos ou creditados a pessoas consideradas vinculadas pelas normas que regem os preços de transferência e a pessoas físicas ou jurídicas com sede ou domicílio no exterior. As novas regras não limitam a dedução de variação cambial e outras despesas de caráter financeiro que não os juros e adotam um conceito limitado de subcapitalização (*thin capitalization*) na medida em que estabelecem limites objetivos vinculados ao valor das obrigações em confronto com o capital investido

⁷ Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

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

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

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

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

ou com o patrimônio líquido da mutuária para a dedução das despesas e que deverão ser observados a par do critério geral de necessidade da despesa.

Não obstante a não existência de regras expressas quanto a subcapitalização e a tendência de não limitação da dedutibilidade dos juros, verificavam-se alguns precedentes em sentido contrário, como a conclusão do famoso “Caso Colgate”, cristalizado pelo Acórdão CARF nº 9101-00.287 da 1ª Turma na sessão do dia 24 de agosto de 2009, que ficou ementado da seguinte forma:

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. Caracterizam-se como desnecessárias e, portanto, indedutíveis do Lucro Real, as despesas de juros e variações cambiais relativas a empréstimo efetuado por meio de um contrato de mútuo, em que a mutuante é sócia-quotista que detém 99,99% do capital social da mutuária e dispunha de recursos para integralizar o capital.

Tratava-se da operação realizada para a compra de empresa por meio de empréstimo estrangeiro, tendo sido lavrada multa em 2000 questionando a dedução dos juros pagos pelo referido empréstimo. Tal operação derivou de planejamento tributário complexo com a finalidade de evitar a cobrança de Imposto de Renda sobre o ganho de capital. Além da caracterização da despesa como desnecessária, a decisão administrativa supra levou em consideração a desproporção entre o empréstimo e o capital social da empresa.

Evidencia-se, assim, que a Lei nº 12.249/2010 objetivou evitar planejamentos tributários como este, o que demonstra o caráter anti-elisivo da novel legislação.

1.3. A Elisão Fiscal Internacional e os Paraísos Fiscais

Considerando que a subcapitalização pode ser uma forma de utilização dos paraísos fiscais, importante tecer algumas considerações sobre a sua relação com a elisão fiscal.

Conforme afirmado nas linhas introdutórias, a elisão fiscal corresponde a negócio jurídico civilmente lícito que tem por finalidade a supressão, a redução ou postergação do pagamento do tributo. A sua utilização abusiva tem sido observada no cenário mundial como prejudicial à competição global, sendo necessário que os Estados reajam por meio de normas antielisivas.

A limitação à liberdade do planejamento tributário surge como algo que busca preservar valores como a Justiça Fiscal, Igualdade e Capacidade Contributiva, Neutralidade Tributária e Eficiência. Assim, devem-se estabelecer normas que busquem preservar a certeza formalista-conceptual de que os fatos previstos em lei como fato gerador da obrigação tributária, combatendo artificialismos criados para gerar benefícios fiscais sem propósito econômico.

Ocorre que não é possível prever todos os esquemas criados para suprimir, postergar ou diminuir a tributação, o que levou o Brasil a introduzir um dispositivo genérico sobre a questão:

o art. 116, parágrafo único, do CTN, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001. De acordo com a Exposição de Motivos da referida lei, a introdução de uma norma geral antielisiva se justificou como “instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito”.

De acordo com a redação do parágrafo único do art. 116 do CTN, é possível verificar que se optou por utilizar um conceito jurídico indeterminado da mesma maneira em que é verificado na legislação francesa. Tal opção legislativa confere à Administração certa liberdade valorativa, ficando vinculada ao desenvolvimento e concretização judicial.

O conceito indeterminado de abuso de direito é destaque no parágrafo único, do art. 116, do CTN, tendo o seu conceito no art. 187⁸ do CC/2002. O abuso de direito, a princípio, encontra respaldo no ordenamento jurídico, enquanto exercício de um direito subjetivo, mas seu interior, sua real motivação, está em descompasso com aquilo que é externado, bem como com a finalidade jurídica que legitima o instituto jurídico então em uso. Em suma: o abuso do direito não viola a lei, mas seu espírito.

O Código Civil trata deste instituto em seu artigo 187, caracterizando-o como ato ilícito *lato sensu*. Após exame sistemático das disposições do Código Civil de 2002, observa-se que o legislador qualificou o abuso de direito como ato ilícito. Vale destacar que não houve ausência de técnica ou cochilo do legislador. Sua intenção foi clara, não deixando margem a dúvidas, sobretudo porque assim agiu por duas vezes. Isto porque, além do disposto no art. 187 também o art. 927, caput, previu: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

De acordo com João Dácio Rolim e Paulo Rosenblatt (2012), “*o abuso de direito do CC/2002 apenas sinaliza que esta figura passou a ser indiscutivelmente um instituto comum do Direito brasileiro, o que se confirma com a alteração da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942) para Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/2010)*”.

Importante observar que esta norma não combate a simulação, posto estar abarcada pelo art. 149, VII, do CTN, que autoriza a revisão do lançamento. A norma antielisiva visa combater a dissimulação do fato gerador ou da natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Verificado que a transação, apesar de ter preenchido os requisitos previstos na legislação nacional, resulta em benefício fiscal contrário à intenção dos dispositivos normativos e

⁸ A teoria do abuso de direito não fora consagrada expressamente no Código Civil de 1916. No entanto, era possível encontrar fundamentação para sua aplicação no art. 160, I, uma vez que incluía o exercício irregular, anormal ou abusivo do direito, como ilícito absoluto.

sendo claro que a finalidade essencial da transação é obter vantagem fiscal, autorizado está a atuação da norma antielisiva.

E este foi o propósito da norma geral antielisiva da Lei Complementar nº 104, conforme bem leciona João Dácio Rolim e Paulo Rosenblatt (2012), *“a cláusula geral antielisiva da LC nº 104, baseada no abuso de direito, deve ter como requisitos a ausência de propósito (finalidade econômica principal ou única a obtenção de vantagem fiscal), e a manifesta artificialidade da operação”*.

Não se ignora que a questão tributária esteja sempre presente no momento da celebração de qualquer negócio jurídico no âmbito empresarial. No entanto, a questão tributária não deve ser o único motivo, posto que, se assim for caracterizada, confirmada está a artificialidade que autoriza a aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN.

Dito isto, importante ressaltar que não é de hoje que se fala sobre o problema da conexão entre a elisão fiscal internacional e os paraísos fiscais. Observando-se a expansão dos agentes econômicos, é possível verificar a utilização de elementos de estraneidade como modo de burlar os deveres decorrentes de uma relação tributária já estabelecida, em outras palavras, as empresas se valem da sua internacionalização para praticar atos evasivos ou elisivos, com repercussões no sistema tributário, o que repercute também na concorrência mundial. Destarte, é neste ponto que se verifica a atuação do Estado como agente interventor no domínio econômico.

A elisão internacional parte de um *“duplo pressuposto: a existência de dois ou mais ordenamentos tributários, dos quais, um ou vários apresentam-se mais favoráveis de que os restantes aos interesses do contribuinte; e a faculdade de opção do contribuinte pelo ordenamento tributário aplicável, em virtude da influência na produção do facto gerador susceptível de justificar a sua imposição”* (AZEVEDO, 2011).

Os contribuintes utilizam-se do elemento de conexão das normas, optando-se racionalmente pelo ordenamento jurídico mais benévolo, seja por meio de conflito negativo de leis, quando o fato tributário não recai sob o campo de aplicação de qualquer normativo, seja com a incidência do tipo legal com efeitos menos pesados sob a ótica fiscal.

Verifica-se, assim, uma guerra fiscal internacional que favorece o surgimento de estruturas e planejamentos abusivos e simulados. Ora, o fenômeno da evasão fiscal é bastante comum em todo o mundo, sendo de vital importância para o Estado de Direito contemporâneo o seu combate. Observe-se o exemplo destas manobras na Figura abaixo:

Paraísos Fiscais – exemplo de situação abusiva



Figura 1: Exemplo da utilização de Países de Tributação Favorecida (paraísos fiscais)

Observe-se que, no ambiente globalizado, o conhecimento de espaços e oportunidades econômicas em que há tributação menor ou mais favorável acaba por ser encaradas como opção de investimento pelas empresas. Este processo conduz a uma diminuição de receitas fiscais em um determinado país em detrimento de outros, em que há um cenário tributário mais favorecido. Assim, no quadro de políticas públicas, devem ser criadas normas a fim de evitar manobras para o não pagamento de tributos tornando injusto o cenário fiscal e concorrencial.

Se o contribuinte pratica ações de organização planejada, desprovidos de causa, buscando evitar a subsunção de ato ou negócio jurídico ao conceito normativo de fato típico tributário, há que se buscar evitar tais ações por se estar diante de evasão tributária. Nesta ótica, o contribuinte busca aliviar a carga tributária, seja “jogando” com as normas internas, seja com as normas internacionais, no entanto, tal jogo não pode significar na ausência de tributação.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) corresponde numa das principais referências sobre elisão internacional, promovendo um fórum no qual os governantes de diversos países possam trabalhar juntos, dividir experiências e procurar soluções para problemas comuns. Entre as medidas adotadas para evitar guerras fiscais em âmbito internacional, esta organização estabeleceu padrões internacionais de compartilhamento de informações bancárias fiscais, e, não cumprindo tais padrões, o país será considerado paraíso fiscal.

É possível dividir os paraísos fiscais em dois grupos: a) Jurisdições de Tributação Favorecida (JTF); e b) Regimes Fiscais Privilegiados (RFP). O conceito de JTF vem descrito no art. 24 da Lei 9.430/1996, ao aplicar as regras de preço de transferência “às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento”. Utilizando-se o mesmo parâmetro da

alíquota máxima inferior a 20%, observam-se os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.779/99.

Apenas a partir de 2002, com a Lei nº 10.451, incorporou-se também o conceito de divulgação e transparência de informação na caracterização de JTF, que passou a ser incorporado pela Lei nº 9.430/96 a partir da introdução do §4º no art. 24 no seguinte sentido: “*considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes*”. A mesma lei trouxe o conceito de RFP, introduzido no art. 24-A⁹ da Lei 9.430/96.

Esclareça-se que os referidos conceitos (RFP e JTF) são aplicados apenas quando estiver se tratando de regras de preço de transferência bem como de subcapitalização. Conforme a redação da Lei 12.249, as alterações ali determinadas quanto ao Imposto de Renda, especialmente na remessa de importâncias pagas a entidades residentes em JTF ou sujeitas a RFP, devem ser aplicadas nos termos dos conceitos estabelecidos nos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96.

Atente-se que o Brasil vem desenvolvendo a sua legislação no sentido de atender as recomendações da OCDE com vistas a impedir que países ou dependências que oferecem vantagens fiscais e sigilo das instituições societárias prejudiquem sua economia e sua posição fiscal.

Evolui-se no conceito de “paraísos fiscais” a partir da Lei nº 9.430/96, seguindo-se de alterações pela Lei nº 10.451/2001. Em seguida, as Leis nº 9.779/99, 10.833/00, 9.959/00 introduziu esse conceito na Legislação de Imposto de Renda na Fonte de Rendimentos, Imposto de Renda na Fonte em Ganhos e Imposto de Renda de Investidores qualificados, respectivamente. Por fim, recentemente, incorporou-se o conceito para níveis de subcapitalização e pagamentos ao exterior através dos artigos 24, 25 e 26 da Lei 12.249/2009.

⁹ Art. 24-A. 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.

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.

Capítulo II - Regras sobre subcapitalização

2.1. Noções gerais

Com o fim de controlar o endividamento abusivo e evitar geração artificial de juros, em 16 de dezembro de 2009, foi publicada a Medida Provisória nº 472 que com as alterações do Congresso Nacional deu origem à Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010. Disciplinou-se o instituto jurídico da subcapitalização com base em recomendações na área de tributação internacional nos seus artigos 24 e 25¹⁰. As regras sobre subcapitalização se justificam em virtude do fato de que a

¹⁰ Observem-se a redação dos referidos dispositivos:

- Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, vinculada nos termos do art. 23 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo aos seguintes requisitos:
- I - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;
 - II - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que não tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;
 - III - em qualquer dos casos previstos nos incisos I e II, o valor do somatório dos endividamentos com pessoas vinculadas no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.
- § 1º Para efeito do cálculo do total de endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.
- § 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa vinculada.
- § 3º Verificando-se excesso em relação aos limites fixados nos incisos I a III do caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.
- § 4º Os valores do endividamento e da participação da vinculada no patrimônio líquido, a que se refere este artigo, serão apurados pela média ponderada mensal.
- § 5º O disposto no inciso III do caput deste artigo não se aplica no caso de endividamento exclusivamente com pessoas vinculadas no exterior que não tenham participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil.
- § 6º Na hipótese a que se refere o § 5º deste artigo, o somatório dos valores de endividamento com todas as vinculadas sem participação no capital da entidade no Brasil, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não poderá ser superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.
- § 7º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.
- Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente ao requisito de que o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.
- § 1º Para efeito do cálculo do total do endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.
 - § 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for residente ou constituído em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.
 - § 3º Verificando-se excesso em relação ao limite fixado no caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.
 - § 4º Os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal.
 - § 5º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

possibilidade de dedução de todo e quaisquer juros significar um fator de incentivo para que as detentoras de recursos preferissem emprestar dinheiro a subscrever capital na sociedade brasileira.

De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 472, as regras sobre subcapitalização visam a

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

No entanto, Edmar Oliveira Andrade Filho afirma que “*os juros pagos a pessoas não vinculadas com sede ou domicílio no exterior (em quaisquer jurisdição tributária) produzem os mesmos efeitos tributários apontados nas razões justificativas e não estão abrangidos pelas normas em questão*”. Ora, se estas normas de subcapitalização buscam evitar o endividamento abusivo, seria necessário que atingissem todo o universo de operações comprovadamente abusivas.

Outro problema ao analisar a legislação, diz respeito ao princípio da anterioridade tributária. Como se sabe, as regras do IRPJ apenas podem atingir um determinado exercício financeiro quando a lei é publicada no ano anterior. O artigo 139 da Lei nº 12.249/10, no item I, "d", dispõe que as regras dos artigos 24 e 25 produzem efeitos desde 16 de dezembro de 2009, que é a data de edição da Medida Provisória nº 472/09. Ocorre que a vigência da Medida Provisória nº 472 deve ser aferida considerando o prazo de *vacatio legis* constitucional de noventa dias para a CSLL e do exercício financeiro para o IRPJ, de modo que a determinação contida na Lei nº 12.249/2010 deve ser interpretada com cuidado, sob pena de admitir a retroatividade das regras que não estavam contidas no texto original da Medida Provisória.

O art. 24 contém regras sobre a dedução dos juros pagos ou creditados a pessoas vinculadas no exterior que tenha sede ou domicílio em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado. Já as normas contidas no art. 25 são mais abrangentes, uma vez que alcançam operações com qualquer pessoa física ou jurídica, seja ela vinculada ou não. Apenas é relevante para sua aplicação o fato de os credores serem residentes ou domiciliados em país com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Sobre estes dispositivos a exposição de motivos esclarece que

o art. 25 segue o mesmo princípio do art. 24, entretanto, é aplicado na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil contrair empréstimos com pessoa jurídica domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou que goze de regime fiscal privilegiado. Da mesma forma, esses empréstimos geram juros que reduzem, artificialmente, o resultado tributável no Brasil e, ao mesmo tempo, geram lucros que não serão tributados de maneira representativa no exterior. A medida restringe a dedutibilidade das despesas de juros de pessoas jurídicas residentes no Brasil quando pagos a entidades "off-shore", independentemente de vínculo societário.

De modo geral, o endividamento das pessoas físicas ou jurídicas vinculadas está

estabelecido no art. 24, que considera excessivos os juros correspondentes ao endividamento excedente a duas vezes o valor da participação da pessoa vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira ou duas vezes o valor do patrimônio líquido, caso a mutuante não tenha participação direta na pessoa jurídica brasileira. Na hipótese do art. 25, em que as pessoas físicas ou jurídicas são domiciliadas em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, o valor total do endividamento não poderá ser superior a 30% do valor do patrimônio líquido da empresa brasileira, independente da vinculação societária.

2.2. Definindo Subcapitalização

Antes de adentrarmos especificamente na análise dos dispositivos da Lei 12.249 de 2010 que tratam sobre a subcapitalização, mister entender a origem do termo “subcapitalização”.

A subcapitalização surgiu como derivativo de capitalização que consiste na *“operação através da qual os sócios injetam recursos próprios de que a sociedade necessita, seja à conta de capital, sob a 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)”*(ANDRADE, 2010).

Obviamente, que, por se tratar de atividade privada, o empresário possui ampla discricionariedade na sua manipulação, apenas podendo ser limitada pela lei. Ocorre que as combinações de capitalização empresarial podem gerar alocação artificial de resultados de modo a sociedade quedar em estado de subcapitalização, quando a proporção entre seus débitos com os sócio e o capital social demonstram excessivo endividamento.

De acordo com Heleno Taveira Torres (2003: 512), *“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”*. A infracapitalização nada mais é do que uma sociedade que não está suficientemente capitalizada, ou seja, há insuficiência do capital social subscrito pelos sócios.

A subcapitalização, por sua vez, ocorre quando se busca reduzir os riscos do empreendimento através do endividamento excessivo, posto que o sócio deixa de integralizar sua cota social para não perder seu patrimônio se a atividade da empresa acarretar prejuízos.

Tal atitude vai na contramão da atividade empresarial. Na verdade, na prática, as empresas praticam a subcapitalização para que a remuneração do capital investido por não residentes não seja feito por meio de dividendos, já que estes não são dedutíveis. Opta-se pelo

pagamento de juros em operações de dívidas que são, normalmente, despesas dedutíveis para a empresa pagadora.

Ora, os dividendos têm sua origem na distribuição normal de lucro (que já foi tributado), o que implica na sua tributação por constituir renda. Os juros, por sua vez, por serem despesas, não sofrem tributação. Desta forma, as empresas utilizam os juros como mecanismo para reduzir a tributação da empresa subsidiária quando se está diante de um grupo empresarial internacionalmente constituído, já que haverá a tributação apenas da empresa que receber os juros.

De modo a evitar esta postura por parte das empresas é que surgiram as regras de subcapitalização, nas palavras de Luciana Rosanova Galhardo e Jorge Ney de Figueiredo Lopes Junior (2010: 209):

Assim, visando impedir que as empresas se financiem com o seu próprio grupo econômico em operações de dívida que poderiam ser consideradas excessivamente alavancadas em relação ao seu balanço se contratadas com terceiros não relacionados, as regras de subcapitalização restringem a dedutibilidade de juros pagos a partes relacionadas no exterior sempre que se verifique essa condição de a empresa estar 'subcapitalizada' em relação àquele determinado nível de endividamento.

É, por isso, que se afirma que as regras que dispõem sobre subcapitalização são normas antielisivas, por impor a observância de determinada proporção entre o capital e a dívida da mutuária, estabelecendo a indedutibilidade do excedente de juros ao limite estipulado. Destarte, impede-se que as empresas possam manipular determinados institutos jurídicos existentes em múltiplas jurisdições apenas com o intuito de reduzir a carga tributária.

2.3. As regras de Subcapitalização Brasileiras

As regras de subcapitalização brasileira introduzidas pela Lei nº 12.249/2010 adota um sistema de proporções fixas de dívida *versus* patrimônio, sendo a razão limite de endividamento a de 2:1 calculada em relação ao valor do patrimônio líquido da empresa brasileira. Caso se ultrapasse esta razão, estará estabelecida a indedutibilidade dos juros pagos a pessoa vinculada estrangeira.

Conforme já foi exposto alhures, o art. 24 da Lei nº 12.249/2010 se refere ao endividamento que envolva pessoa física ou jurídica no exterior, que seja vinculada na forma da legislação de preços de transferência (artigo 23 da Lei nº 9.430/96) e que não esteja localizada em país RFP e JTF. O dispositivo estabelece que apenas serão dedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica¹¹ os juros que

- a) sejam considerados despesas necessárias à atividade da empresa brasileira;
- b) sejam relativos a parcela não superior a duas vezes o valor da participação da

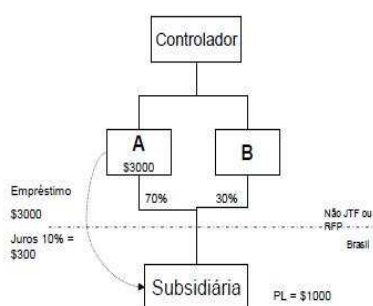
11 E da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)

vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil, se derivados de endividamento com vinculada no exterior com participação societária;

c) sejam relativos a parcela não superior a duas vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil, se derivados de endividamento com pessoa jurídica sem participação societária;

d) sejam relativos a parcela não superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

Observem-se os seguintes exemplos gráficos ¹²:

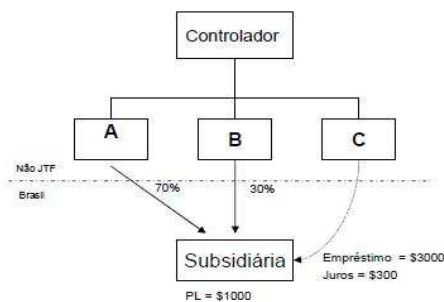


- ✓ Part. Soc. A (70%*1000) = 700
- ✓ Dívida/ Capital na proporção 2:1 = 1400
- ✓ Proporção = 1400+ 3000 = 46,67%
- ✓ Juros dedutíveis = \$300 x 46.67% = 140
- ✓ Parcela não dedutível = 160

Figura 2: Empréstimo de empresa com participação

Assim, existindo uma empresa subsidiária no Brasil com o Patrimônio Líquido de R\$ 1000,00, por exemplo, se esta contrair um empréstimo no valor de R\$ 3000,00 a uma taxa de juros de 10% da sua controladora no exterior que detêm 70% da participação societária. Sendo o limite estabelecido na lei ora estudada o valor de 2:1 da participação societária, apenas serpa considerado deduzível o juros correspondente ao valor de R\$ 1400,00, o que corresponde a R\$ 140,00. O restante (R\$ 160,00) não poderá ser deduzido da base de cálculo do IRPJ.

¹² Gráfico retirado da apresentação de Gustavo L. Haddad. Regras de Subcapitalização: Jurisdições de Tributação Favorecida/ Regime Fiscal Privilegiado. Disponível em: www.apet.org.br/simposio-de-direito.../Gustavo-Lian-Haddad.pdf



- ✓ Part. C = não há
- ✓ Part. todas as relacionadas (100%) = 1000
- ✓ Dívida/ Capital na proporção 2:1 = 2000
- ✓ Proporção = $2000 + 3000 = 66,67\%$
- ✓ Juros dedutíveis = $\$300 \times 66,67\% = 200$
- ✓ Parcela não dedutível = 100

Figura 3: Empréstimo de empresa sem participação

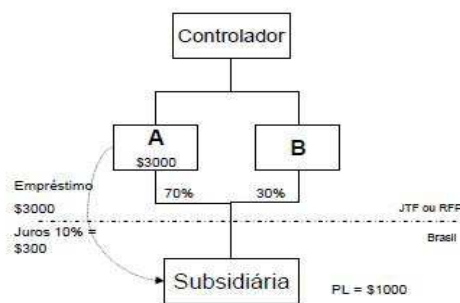
Nesta hipótese, existindo uma empresa subsidiária no Brasil com o Patrimônio Líquido de R\$ 1000,00, por exemplo, se esta contrair um empréstimo no valor de R\$ 3000,00 a uma taxa de juros de 10% de pessoa que não tenha participação societária, os juros dedutíveis deverão ser equivalente a parcela de R\$ 2000,00, o que corresponde a R\$ 200,00. Este valor também atende ao limite de duas vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido.

Já o art. 25 do mesmo diploma normativo se refere ao endividamento que envolva pessoa física ou jurídica no exterior que esteja localizada em país RFP e JTF (atente-se que a Receita Federal do Brasil divulgou recentemente a Instrução Normativa nº 1.037, de 4 de junho de 2010, que traz a lista dos países e dependências considerados como de tributação favorecida e as sujeitas a regime fiscal privilegiado). A dedutibilidade dos juros, nesta hipótese, deve seguir os seguintes requisitos:

- a) os juros devem ser também considerados despesas necessárias à atividade da empresa brasileira;
- b) os juros devem ser relativos a parcela não superior a 30% do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

Observe-se o seguinte exemplo gráfico¹³:

¹³ *Ib idem*



- ✓ PL total = 1000
- ✓ Dívida/ Capital na proporção 0,3:1 = 300
- ✓ Proporção = 300+ 3000 = 10%
- ✓ Juros dedutíveis = \$300 x 10% = 30
- ✓ Parcela não dedutível = 270

Figura 4: Empréstimo de empresa que se encontra em JTF ou RFP

Destarte, na hipótese de o controlador se encontrar em países Jurisdições de Tributação Favorecida ou Regimes Fiscais Privilegiados, a empresa subsidiária no Brasil com o Patrimônio Líquido de R\$ 1000,00 que contrair empréstimo no valor de R\$ 3000,00, apenas poderá deduzir os juros correspondentes a parcela de R\$ 300,00.

Resumindo o que foi explicado anteriormente, segue o quadro das hipóteses na Lei 12.249/2010 para fins de aplicação do regime da subcapitalização:

Hipóteses prevista na Lei 12.249/2010 para fins de aplicação do regime da subcapitalização	Requisitos para dedutibilidade dos juros
a) Empréstimo de empresa com participação	<ul style="list-style-type: none"> • despesas necessárias à atividade • parcela não superior a duas vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil
b) Empréstimo de empresa sem participação	<ul style="list-style-type: none"> • despesas necessárias à atividade • parcela não superior a duas vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil • parcela não superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas

c) Empréstimo de empresa que se encontre em JTF ou RFP	<ul style="list-style-type: none"> • despesas necessárias à atividade • parcela não superior a 30% do valor do patrimônio líquido
--	---

Não obstante os arts. 24 e 25 tratem de situações distintas, necessário destacar a existência de regramentos comuns as duas situações jurídicas. Primeiramente, há que se destacar a expressão “patrimônio líquido”, que desde a edição da Medida Provisória tem gerado dúvidas, uma vez que o texto normativo utiliza termos como “média ponderada mensal” para o seu cálculo.

A Instrução Normativa RFB nº 1.154, de 12 de maio de 2011, esclarece a questão no seu art. 7º:

Art. 7º Os valores do endividamento, a que se referem os arts. 2º e 5º, serão apurados pela média ponderada mensal, que será calculada pelo somatório do endividamento diário, dividido pelo número de dias do mês correspondente.

§ 1º Para fins de aplicação dos limites a que se referem os arts. 2º e 5º, deverá ser considerado o valor do patrimônio líquido constante no último balanço.

§ 2º Opcionalmente, poderá ser utilizado o valor do patrimônio líquido considerando-se os resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros.

Assim, ao esclarecer que o valor do patrimônio líquido a ser considerado é aquele apurado no último balanço, possibilita a utilização de resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros, desde que devidamente transcritos no Livro Diário.

Ainda com relação às disposições comuns aos arts. 24 e 25, em ambas as situações não há alcance nas operações de captação feita por instituições financeiras ou assemelhados para recursos captados do exterior e utilizados em operações de repasse (ver art. 11 do Regulamento Anexo II à Resolução n 3.844, de 23 de março de 2010).

As regras contidas nos dois dispositivos devem ser aplicadas também à avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente que se encaixe nas respectivas previsões normativas, mesmo que o empréstimo se realize por uma pessoa não relacionada.

Ademais, o cálculo do endividamento na sua totalidade das situações previstas nos arts. 24 e 25 deverá partir de todas as formas e prazos de financiamento, independente do registro do contrato no Banco Central do Brasil.

2.4. Momento da eficácia e da auto-aplicabilidade das regras

O primeiro problema que surge quanto às novas regras de subcapitalização é o momento da sua eficácia, ou seja, quando poderá considerar incidente os seus efeitos.

De acordo com o art. 139, I, d, da Lei nº 12.249, de 2010:

Art. 139. Esta Lei entra em vigor:

I - na data de sua publicação, produzindo efeitos:

(...)

d) a partir de 16 de dezembro de 2009, em relação aos demais dispositivos;

De acordo com André Martins e Vanessa Fernanda¹⁴, o referido dispositivo desconsiderou os princípios da anterioridade e da noventena. Considerando que a Lei nº 12.249/2010 trata de medidas que interferem na apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica¹⁵, encontra-se diante de norma que pode provocar aumento da carga tributária, já que estabelece um limite para dedução de juros de acordo com o grau de endividamento das empresas. Desta forma, deve-se atentar que a lei surte efeitos no ano que é publicada, mas não no ano anterior, o que implica em afirmar que considerando que a novel legislação apenas foi publicada em 2010, apenas vale para os rendimentos auferidos em 2011 e tem aplicação em 2012, do contrário seria desconsiderar o princípio da anterioridade do exercício financeiro no que tange ao IRPJ¹⁶.

Ocorre que a referida lei teve origem através da edição da Medida Provisória nº 472, que também deve ser considerada para fins de aplicação do princípio da anterioridade. Para que as alterações instituídas pela referida Medida Provisória pudessem ser aplicadas aos fatos do IRPJ a partir de 1º de janeiro de 2010, necessário a sua conversão em 2009, o que não ocorreu. Ora, de acordo com o § 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, tal norma deve produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2011¹⁷.

Não obstante razoável, não parece ser este o melhor entendimento sobre a questão dos efeitos das regras de subcapitalização. O Supremo Tribunal Federal decidiu no Recurso Extraordinário nº. 344.994 que a dedutibilidade de despesas não altera as bases de cálculo do IR, sendo mero benefício fiscal. Neste sentido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEDUÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITAÇÕES. ARTIGOS 42 E 58 DA LEI Nº 8.981/95. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 150, INCISO III, ALÍNEAS "A" E "B", E 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O direito ao abatimento dos prejuízos fiscais acumulados em exercícios anteriores é expressivo de benefício fiscal em favor do contribuinte. Instrumento de política tributária que pode ser revista pelo Estado. Ausência de direito adquirido 2. A Lei nº 8.981/95 não incide sobre fatos geradores ocorridos antes do início de sua vigência. Prejuízos ocorridos em exercícios anteriores não afetam fato gerador

14 *Ob cit*

15 Assim como da CSLL

16 E da anterioridade nonagesimal no caso da CSLL

17 No caso da CSLL, 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.

nenhum. Recurso extraordinário a que se nega provimento¹⁸.

Com os mesmos fundamentos do julgado cuja ementa fora transcrita alhures, pode-se afirmar que, sendo a possibilidade de dedução de juros um benesse fiscal, este deve se limitar às condições fixadas em lei, como este deverá ser calculado para a sua concessão. Em razão disso, até que encerrado o exercício fiscal, ao longo do qual se forma e se conforma o fato gerador do imposto de renda, o contribuinte possui mera expectativa de direito quanto à manutenção dos patamares fixados pela legislação que regia os exercícios anteriores. Destarte, não houve qualquer alteração de base de cálculo do tributo, nem ofensa aos princípios da irretroatividade ou do direito adquirido.

Há ainda dois recursos extraordinários no Plenário daquela Corte Suprema (RREE n 208.526 e 201.512) versando sobre expurgos inflacionários do Plano Verão e do Plano Collor, respectivamente, em que se discute exatamente esta matéria. De acordo com o informativo 426 do STF, o Min Marco Aurélio entendeu *“que o valor fixado para a OTN, que decorreu de expectativa de inflação, além de ter sido aplicado de forma retroativa, em ofensa à garantia do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI) e ao princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, a), ficou muito aquém daquele efetivamente verificado no período, implicando, por essa razão, majoração da base de incidência do imposto sobre a renda e a criação fictícia de renda ou lucro, por via imprópria”*.

Ambos estão com vista ao Ministro Peluso, sendo que no primeiro caso há dois votos favoráveis à aplicação da anterioridade (Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski) e dois votos contrários (Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau), e no segundo caso há três votos favoráveis (Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto) e três contrários (Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cármen Lúcia).

Parece razoável, contudo, que com relação às alterações introduzidas na redação original da Medida Provisória, sobretudo as alterações introduzidas no art. 24, apenas podem ter seus efeitos a partir da publicação da Lei nº 12.249/2010, ou seja, apenas após 14 de junho de 2010.

2.5. Operações de Repasse

Outro problema que surge é o que diz respeito ao conceito de operações de repasse. Conforme a redação do §7º do art. 24 e §5º do art. 25, as operações de repasse não se sujeitam ao regramento da subcapitalização.

Tal dispositivo foi concebido no intuito de conceder tratamento adequado às instituições financeiras que desempenham papel importante na sociedade brasileira na realização da

18 RE 344994, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00683 RDDT n. 170, 2009, p. 186-194

sua atividade fim, qual seja: a intermediação financeira.

As instituições financeiras não poderiam ser tratadas da mesma forma que as empresas em geral, posto que estas estariam limitadas no que tange a captação de valores no exterior, o que poderia comprometer a oferta de crédito no país.

De acordo com o art. 17 da Lei nº 4.595/1964¹⁹, “*consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros*”.

Antes da Lei nº 12.249/2009, a menção ao termo “operações de repasse” eram entendidas apenas como aquelas feitas no exterior por instituições de que tratam o §1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

Em qualquer modalidade de captação de recurso no exterior, seja na captação direta de recursos em moeda estrangeira, seja na captação por meio de emissão de títulos no exterior, há regulamentação por parte do Banco Central e pelas autoridades internacionais, o que implica na necessidade das instituições financeiras obedecerem a regras rígidas, evitando a captação sem conhecimento destas autoridades.

Não obstante a previsão expressa a necessidade de regulamentação por parte da Receita Federal do Brasil no que diz respeito ao que seja “operação de repasse”, há entendimento no sentido da sua desnecessidade, conforme leciona Nereida de Miranda Finamore Horta (2010: 292):

Apesar de ser uma norma que no seu corpo dá a entender que tem eficácia limitada, entendemos, novamente, que não há necessidade de regulamentação; já se tem um conceito natural e conhecido de todos que operam no sistema financeiro. Aliás, a Secretaria da Receita Federal não poderia conceituar de forma diferente do próprio CMN. Ainda, a mora na conceituação por parte da Secretaria da Receita Federal teria somente um motivo, qual seja, adiar a sua aplicação. Para a complexidade das relações derivada do Sistema Financeiro Nacional, bem como seus efeitos na economia do País, não é de se aplicar tal entendimento.

O entendimento é que é possível, sim, aplicá-lo, desde que atenda à regulamentação feita pelo Conselho Monetário Nacional apenas.

Considerando que não se poderia adotar outro conceito que não o adotado pelo CMN é que foi editada normas no âmbito da Receita Federal do Brasil com relação às operações de Repasse. Neste sentido, observe-se o parágrafo único do art. 6º da Instrução Normativa RFB n 1.154/2011:

Art. 6º. (...)

Parágrafo único. Entende-se por operação de repasse a concessão de crédito vinculada a captação externa que lhe serve de lastro, na qual a instituição repassadora transfere à

19 Lei que criou o Conselho Monetário Nacional.

repasatória, pessoa física ou jurídica no País, o risco de variação cambial da captação externa, quando em moeda estrangeira, na mesma indexação da captação externa, não sendo cobrado, pelos serviços de intermediação financeira, qualquer outro ônus, além da comissão de repasse.

Ocorre que o mercado esperava que a regulamentação da RFB foi mais abrangente do que o conceito dado no âmbito do CMN em seus atos regulamentares, de modo a abranger quaisquer captações de recursos no exterior relacionadas à atividade-fim de intermediação financeira, conforme esclarecem Pedro Miguel Ferreira Custódio e Felipe Tomaz de Aquino (2010: 310):

Com a redação trazida pela Lei 12.249/10, concedendo-se poderes para a Receita Federal do Brasil definir o conceito de repasse, espera-se que a autoridade fiscal administrativa reconheça apropriadamente a atividade-fim das instituições financeiras.

De fato, dentro do conceito das atribuições de uma instituição financeira, qualquer captação de recursos tem como destinação o repasse ao mercado (seja para pessoas físicas ou jurídicas). Não se quer dizer com isto que à partida, ou seja, desde o momento em que os recursos são obtidos junto ao mercado, ou, no caso concreto em análise, no exterior, já se saiba qual a destinação específica que se dará ao mesmo.

Não obstante não se tenha adotado a interpretação amplíssima que pretendia o mercado, a regulamentação da RFB certamente foi mais ampla do que o disposto no art. 11 do anexo II da Resolução CMN 3.844/2010²⁰. Ora, para o CMN, as operações de repasse devem ser aquelas em que há idênticas condições para contratação da dívida, enquanto que para a RFB há apenas menção à variação cambial e ao fato de que a instituição financeira apenas poderá cobrar uma comissão pela prestação do serviço de intermediação.

Considerando que a norma tributária tem sua vigência determinada conforme a sua aptidão de incidir sobre os fatos sociais. *In casu*, observa-se uma ineficácia técnica dos dispositivos legais, dada a dúvida quanto aos conceito de operações de repasse, não especificado na novel legislação.

Desta forma, as normas sobre operação de repasse dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 não possuem eficácia plena, apenas produzindo efeitos com a sua regulamentação que ocorreu com a Instrução Normativa RFB n 1.154, de 12 de maio de 2011 (DOU de 13.5.2011). A partir desta IN, apenas não serão aplicadas as regras de subcapitalização previstas na Lei nº 12.249/2010 às operações de repasse que atendam o critério da referida instrução normativa.

2.6. Presunções e Base de Cálculo do Tributo

20 Art. 11. Entende-se como operação de repasse o contrato vinculado a captação de recursos no exterior, por meio do qual instituição financeira nacional concede crédito a pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no País, mediante a transferência de idênticas condições de custo da dívida contratada no exterior em moeda estrangeira (principal, juros e encargos acessórios), incluindo a tributação aplicável à hipótese.

§ 1º É vedada a cobrança, nas operações de repasse, de ônus de qualquer espécie, a qualquer título, além de comissão pelo serviço de intermediação financeira.

§ 2º Nas operações de que trata este artigo, a instituição financeira deve repassar ao tomador dos recursos, no País, os efeitos da variação cambial correspondentes à dívida contratada no exterior em moeda estrangeira.

Analisando a Lei nº 12.249/2010, há ainda que se debruçar sobre o problema da existência ou não de presunção absoluta no estabelecimento da base de cálculo de Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

As ficções jurídicas são uma técnica utilizada no direito no intuito de atribuir efeitos jurídicos em situações em que a regra geral não se aplica. Nas palavras de Cristiano Carvalho, “*as ficções denotavam uma construção jurídica normativa da qual se assume o conhecimento da completa falsidade de conteúdo da norma*”.

É neste sentido que se destacam as presunções jurídicas. De acordo com Arruda Alvim citado por Maria Angela da Motta (PACHECO, 1997), “*a presunção, genericamente considerada, constitui-se num processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos, através de cujo processo, desde que conhecido determinado fato, admite-se como verdadeiro outro fato, que é desconhecido, e que é (este último) o inserido no objeto da prova*”.

Desta forma, pode-se afirmar que na presunção se parte de um fato conhecido, "fato base" que através dele se considera demonstrado o “fato presumido”. Partindo desta premissa, o Código Civil no seu art. 212 considera a presunção como meio de prova.

As normas de subcapitalização, assim como as demais normas antielisivas específicas brasileiras, também se utilizam de uma presunção ou ficção jurídica ao estabelecer uma *ratio* de endividamento considerada adequada para fins de dedutibilidade das correlatas despesas com juros passivos. Assim, há que se abordar a legitimidade da presunção trazida pelos §§ 3º dos arts. 24 e 25 da Lei 12.249/2010, já que ambos os dispositivos preveem a descaracterização automática da necessidade da despesa caso se ultrapasse o limite do endividamento.

A análise da legitimidade da referida presunção começa pela leitura do art. 47 da Lei nº 4.506/1964:

Art. 47. 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.

Ficou estabelecido com a redação do referido artigo que todas as despesas relacionadas às atividades da empresa ou à sua fonte produtora podem ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ, estando a dedutibilidade vinculada à existência entre as despesas e a atividade da empresa.

A Lei nº 12.249/2010 trouxe hipótese de presunção de desnecessidade da despesa para fins de dedutibilidade, devendo a despesa passar por um teste de endividamento conforme

verificado anterior com vistas a combater o comportamento elisivo dos contribuintes.

Neste sentido, observem-se as palavras de Hugo de Brito Machado (1994, p. 47) para quem “*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*”.

A base de cálculo do tributo consiste em unidade de medida definida por lei que deve ser observada para a quantificação financeira do fato jurídico tributário. Em regra, a base de cálculo tem como fundamento um fato imponível que tenha ocorrido *in concreto*, sem presunções. No entanto, tendo em vista necessidade de aprimorar a fiscalização, é possível a base de cálculo arbitrada na impossibilidade do conhecimento desse valor real, efetivo, verdadeiro.

Podem ser considerados fatos jurídicos tributários as presunções legais ou *hominis* relativas, por comportarem prova em contrário. No entanto, é possível que a legislação estabeleça presunções absolutas e ficções jurídicas tendo em vista a função extrafiscal dos tributos.

Sabe-se que as ficções legais e as presunções absolutas ("*jure et de juris*") não podem ser utilizadas para definir a ocorrência do fato gerador do tributo, é necessário que exista margem para provar em sentido contrário, de modo a trazer a satisfatória avaliação patrimonial de modo a garantir o princípio da capacidade contributiva. Assim, é possível a existência de presunções para criação de obrigações tributárias, mas estas não podem ser absolutas.

Destarte, deve-se interpretar os dispositivos dos § 3º dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 como presunções relativas a fim de que se coadunem com o ordenamento jurídico ora vigente, respeitando os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Nesta seara, vale relembrar da discussão sobre o alcance do conceito constitucional de renda com a ADI 2.588, que conta com três votos favoráveis à inadmissibilidade de presunções na composição da base de cálculo dos tributos (Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski); um voto admitindo em parte a possibilidade de presunção legal (Ministra Relatora Ellen Gracie) e dois votos admitindo na prática a base presumida, apesar de não sustentarem frontalmente a constitucionalidade da presunção legal, arrimados que são em outros fundamentos (Ministros Nelson Jobim e Eros Grau).

2.7. Normas contra subcapitalização e o Princípio da Livre concorrência

O art. 25 da Lei nº 12.249/2010 prevê regramento contra a subcapitalização com

relação a empréstimos realizados em país ou dependência com tributação favorecida (JTF) ou sob regime fiscal privilegiado (RFP). Trata-se de previsão que busca dar conformidade ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da CF) e da incidência única (*single taxation*).

O princípio da livre concorrência corresponde a um dos fundamentos da ordem econômica. Considerando o modelo de Estado adotado no Brasil, deve-se partir de um modelo de produção capitalista e neoliberal, mas que promova os valores da justiça social, da dignidade humana e do bem estar social.

Um grande número de competidores atuando livremente no mercado de um mesmo produto, proporcionando oferta e procura em igualdade de condições é o que pressupõe a concorrência, sendo o princípio da livre concorrência um instrumento necessário para que a economia do país possa colher bons frutos do ambiente concorrencial. Em outras palavras,

a partir de um regime de economia de mercado o princípio da livre concorrência visa garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem no mercado de forma justa, isto é, a ideia de conquista de mercado e de lucratividade deverá estar ancorada em motivos jurídicos-econômicos lícitos (v.g., inovação, oportunidade, eficiência) e não serem decorrentes de hipóteses de abuso de poder econômico (v.g., a adoção de práticas anticompetitivas ou anticoncorrenciais, entre outras). (PETER, 2006: 71)

A tarefa do Estado nesta seara é a de estabelecer um conjunto de regras que objetivam garantir a competição entre as empresas. Assim, é legítimo que o Estado interfira na exploração da atividade econômica para preservar os valores da livre concorrência, estabelecendo leis para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Sendo decorrente da livre iniciativa, ou seja, da livre escolha da atividade a ser desenvolvida, a livre concorrência corresponde na liberdade de disputa entre as empresas de modo a se obter maior e melhor espaço no mercado, em outras palavras, é a possibilidade de os agentes econômicos atuarem destituídos de embaraços no mercado, com o fim de produzir, circular e disponibilizar o consumo de bens e serviços.

Com o art. 25, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro uma norma antielisiva que veio a restabelecer a isonomia, com a preservação da livre concorrência. Ora, um mutuante que pretenda favorecimento fiscal em países que sejam considerados JTF ou RFP está rompendo com o equilíbrio da ordem econômica nacional, já que estará sendo favorecido pela redução ou inexistência de tributação em relação àqueles que pretendam contratar com empresas

Nas palavras de André Martins e Vanessa Fernanda (ANDRADE, 2010):

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' que, na lição de Luís Eduardo Schoueri, garante 'um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado'.

Conforme bem abordado pelos referidos autores, a neutralidade da tributação constitui em fator importante para o estabelecimento das regras sobre subcapitalização. Mesmo se verificando que a tributação é um mal necessário que acaba por influenciar o processo econômico, deve-se buscar a sua mínima intervenção nas condições de mercado. Assim, utiliza-se o termo neutralidade que está ligado com o conceito de imparcialidade e impessoalidade. Neutralidade da tributação constituiria, portanto, na necessidade de o sistema não interferir na otimização da alocação de meios de produção, bem como não provocar distorções, conferindo segurança jurídica para o exercício das atividades empresariais.

As regras de subcapitalização do art. 25 da Lei nº 12.249/2010, ao atingir todos os que pretendam contrair empréstimo com pessoa física ou jurídica que se encontre em paraíso fiscal, estará tratando todos igualmente, permitindo a circulação de capital e desenvolvimento econômico de forma imparcial.

No entanto, poderia se apontar para a violação ao princípio da isonomia e da livre concorrência quanto ao art. 24 da Lei nº 12.249/2010, uma vez que agrava a carga tributária das subsidiárias oriundas de capital estrangeiro em detrimento das subsidiárias brasileiras. Ainda nas palavras de André Martins e Vanessa Fernanda (*ib idem*):

No tocante ao art. 24, cuja aplicabilidade se restringia inicialmente às subsidiárias brasileiras oriundas de investimento estrangeiro, 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 uniformidade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, quando se encontrem em situações equivalentes (art.3º, IV; art. 5º e art. 150, II, da CF).

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.

A imposição de tratamento desigual aos juros incorridos em decorrência de contratos firmados com contribuintes residentes no Brasil, em comparação àquele agora conferido aos dispêndios de mesma natureza relacionados aos contratos celebrados com não-residentes, viola os princípios da isonomia e da não discriminação. Este último princípio está previsto nas convenções para evitar a dupla tributação da renda celebradas pelo Brasil. É dessa forma que estabelece o art. 2º²¹, da Lei nº 4.131/62.

Assim, deveria se dar regramento similar àquele que é observado para os preços de transferência quando da regulamentação da distribuição disfarçada de lucros – DDL, dispostas nos

²¹ Art. 2º 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.

arts. 464 e 465 do RIR/99.

Ocorre que os dispositivos tratados parecem estar adequados ao princípio da livre concorrência no sentido de que protege o mercado, bem protegido pela própria Constituição Federal. De acordo com o art. 219 da Carta Magna, “*o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal*”.

Desta forma, tendo em mente que quanto melhor funcionar o mercado mais benefícios trará a todos, o art. 24 da Lei 12.249/2010 assegura uma estrutura e um comportamento dos agentes econômicos de modo que a competição, posto que agrava a a carga tributária das subsidiárias oriundas de capital estrangeiro em detrimento das subsidiárias brasileiras de modo a que aquelas não se valham de situação privilegiada no exterior.

Em suma, a norma atende o princípio da livre concorrência, possibilitando a seleção dos mais capazes, fazendo com que fique potencializada a satisfação das necessidades dos consumidores, com uma eficiente afetação de recursos.

Considerações Finais

Como dito alhures, com o início da globalização e com a crescente inserção do Brasil no comércio internacional, o Brasil passou a sofrer pressões no sentido de celebrar tratados visando neutralizar os efeitos da bitributação bem como de editar normas que atuem no sentido de combater o surgimento de paraísos fiscais.

Ademais, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de diversos direitos sociais que, juntamente com a descentralização da arrecadação federal, implicaram desafios orçamentários que levaram a União Federal a criar novas fontes de custeio e sofisticar instrumentos de tributação internacional.

É neste contexto que surgiu o tema da subcapitalização que foi abordado neste trabalho através do seu regramento legal e dos seus aspectos polêmicos de modo a contribuir para o esclarecimento de algumas questões nebulosas. Dentre estes, pode-se destacar a discussão acerca da:

a) Violação aos Princípios da Isonomia e da Livre Concorrência que se encontra no art. 24, em que se estaria tratando desigualmente residentes no Brasil, distinguindo quanto à origem do investimento. Conclui-se pela inexistência de desfavorecimento concorrencial dessas empresas frente a subsidiárias controladas por capitais brasileiros, estando a legislação de regência conforme o art. 3, IV, art. 5, art. 150, II e 170 da CF.

b) Violação ao Princípio da Anterioridade – Estando diante da majoração da base de cálculo do IRPJ pelos arts. 24 e 25 da MP 472, que preveem restrições à dedutibilidade de despesas com juros, deveria, em princípio, submeter-se à anterioridade prevista no art. 150, III, b, da CF? Entendeu-se que, conforme da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a dedutibilidade seria um favor fiscal que não precisa obedecer o referido princípio. A questão jurídica que se coloca em relação à anterioridade é a de determinar se a indedutibilidade de despesas. Assim, razoável o entendimento do legislador ordinário ao determinar a produção de efeitos para os arts. 24 e 25 a partir de 16/12/2009 (art. 139, I, d, da MP 472/09).

Ainda se abordou a questão da presunção na composição da base de cálculo e sobre a possibilidade de colidir com o conceito constitucional de renda. No passado, o Plenário do Supremo

Tribunal Federal afastou a tributação com base em presunção legal (RE 172.058-1, Rel. Min. Marco Aurélio). Concluiu-se pela legitimidade da presunção desde que se garanta o contraditório ao contribuinte.

Em suma, de tudo o que foi exposto neste trabalho, demonstrou-se a legitimidade da novel legislação, posto que, considerando 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, deve-se buscar sempre uma interpretação legislativa que se coadune com as políticas fiscais. Não se deve interpretar o ordenamento jurídico de forma estanque sem considerar os demais diplomas normativos existentes sobre a questão.

De acordo com João Dácio e Paulo Rosenblatt (2012), “*o contribuinte não tem o direito de pagar o mínimo possível de tributos, nem o dever de pagar o máximo, mas de suportar um ônus fiscal justo*”, o que significa dizer que se deve estabelecer normas que busquem preservar a certeza formalista-conceptual de que os fatos previstos em lei como fatos geradores da obrigação tributária, combatendo artificialismos criados para gerar benefícios fiscais sem propósitos econômicos.

Bibliografia

- ANDRADE, André Martins de; SOARES, Vanessa Fernanda. **O regime jurídico da subcapitalização. Fórum de Direito Tributário.** Belo Horizonte, v. 8, n. 46, jul. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33714>>. Acesso em: 8 out. 2010.
- ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de Renda das Empresas.** 8a ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. **A elisão fiscal internacional e os paraísos fiscais.** Revista Fórum de Direito Tributário n. 51. Belo Horizonte: Fórum, maio 2011.
- BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda – pessoa jurídica. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord). **Curso de Especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 23ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53/2006, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método.** São Paulo: Noeses, 2009.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário.** 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CUSTÓDIO, Pedro Miguel Ferreira. AQUINO, Felipe Thomaz de. Thin Capitalization e seus Impactos para as Instituições Financeiras. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.).**O Direito Tributário e o mercado financeiro e de capitais, 2º volume.** São Paulo: Dialética, 2010.
- FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário.** São Paulo : Dialética, 2001.
- _____. **Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002.** São Paulo: Noeses, 2005.
- GALHARDO, Luciana Rosanova. LOPES JUNIOR, Jorge Ney de Figueirêdo. As regras de Subcapitalização e a atuação de Bancos Nacionais e Estrangeiros na Estruturação de Operações de Financiamento Externo de Empresas Nacionais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.).**O Direito Tributário e o mercado financeiro e de capitais, 2º volume.** São Paulo: Dialética, 2010.
- GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda – pressupostos constitucionais.** São Paulo, Malheiros, 1997.
- GOUVEA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no Direito Tributário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HORTA, Nereida de Miranda Finamore. As Regras de Thin Capitalization e a Exclusão das Operações de Repasse Realizadas pelas Instituições Financeiras. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). **O Direito Tributário e o mercado financeiro e de capitais, 2º volume**. São Paulo: Dialética, 2010.

MACHADO, 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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, Angela Maria da Motta. Sanções Tributárias e Sanções Penais Tributárias. São Paulo: Max Limonad, 1997

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo jurídico. 2006

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza**. Barueri-SP: Manole, 2003

ROSENBLATT, Paulo. ROLIM, João Dácio. **Dez anos da norma geral antielisiva**. Revista Dialética de Direito Tributário n. 197. São Paulo: Dialética, fevereiro de 2012.

SANTOS, Ramon Tomazela. **As regras de subcapitalização e o poder regulamentar da Receita Federal do Brasil – Análise Crítica da Instrução Normativa RFB n. 1.154/2011**. Revista Dialética de Direito Tributário n. 192 (setembro de 2011). São Paulo: Dialética, 2011

SOUSA, Rubens Gomes. **Imposto de Renda**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954.

SOUZA DE QUEIROZ, Luís Cesar. **Imposto sobre a renda: Requisitos para uma Tributação Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário (Steuerrecht)**. Tradução da 18ª Ed. Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.