

Artigo



ANDRÉ GOMES DE OLIVEIRA
andre.oliveira@cbsg.com.br

As regras de subcapitalização

As normas representam uma realidade internacional que demorou a ganhar assento no ordenamento tributário do País

Com a edição da Medida Provisória nº 472/09, passou a prever-se no Brasil um mecanismo muito utilizado internacionalmente para coibir a erosão das bases de arrecadação fiscal proporcionada pelo financiamento das atividades de uma empresa através de seu endividamento excessivo, as denominadas *thin capitalization rules*, ou regras de subcapitalização.

O conceito de subcapitalização é utilizado para designar situações em que a assimetria entre os valores captados pela sociedade através do reconhecimento de uma dívida e a quantia destinada à formação de seu capital, supostamente indicaria que a real natureza dos débitos registrados pela empresa em seu passivo mais revelaria a qualificação de capital do que débito.

O critério utilizado pela legislação brasileira para identificação de tais hipóteses baseou-se na instituição de limites em razão de coeficientes fixos de endividamento, acima dos quais os dispêndios respectivos seriam indedutíveis, a saber: (i) artigo 24: (i.a) "juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica vinculada (...), residente ou domiciliada no exterior": "duas vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil" (inciso I); ou (i.b) "superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil." (inciso II); e (ii) artigo 25: "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 regi-

me fiscal privilegiado": "trinta por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil".

Ressalte-se, nesse contexto, que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (atual CARF), através dos Acórdãos de nºs 101-96053/07 e 101-95014/05, já rechaçou a cobrança de IRPJ (Imposto de Renda para Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social sobre Lucro Líquido) decorrente de suposta indedutibilidade dos juros incorridos com mútuos contraídos com empresas ligadas no exterior, por terem reconhecido, na ocasião, a inexistência de regras de subcapitalização no Brasil.

Poder-se-ia antecipar uma mudança do entendimento até então consagrado no Conselho de Contribuintes, eis que, agora, não há mais como sustentar a inexistência de normas de subcapitalização no País, não fossem os seguintes argumentos adicionais:

(i) A imposição de coeficientes rígidos de endividamento, sem a possibilidade produção de prova em contrário quanto a real necessidade do financiamento – o que é autorizado em outros países e mecanismo semelhante já é previsto nas regras brasileiras de preços de transferência – colide com a regra geral que assegura a dedutibilidade das despesas efetivamente incorridas (art. 299, do RIR/99);

(ii) A fixação de coeficientes com base nos quais se apure ficticiamente a renda da sociedade investida no Brasil acarreta violação ao conceito legal e constitucional de renda, previstos nos arts. 43 do CTN e 153, III, da CF/88;

(iii) A previsão de um único coeficiente máximo de endividamento para cada hipótese prevista na norma acaba por dispensar tratamento idêntico a segmentos da economia em relação aos quais se verificam taxas médias de endividamento distintas, revelando, dessa forma, flagrante violação aos princípios da isonomia (art. 150, II, da CF/88) e da capacidade contributiva (art. 145, §1º da CF/88);

(iv) 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, também viola os princípios da isonomia e da não discriminação, este previsto nas convenções para evitar a dupla tributação da renda celebradas pelo Brasil e no art. 2º, da Lei n. 4.131/62, assim como importam em violação ao princípio da livre concorrência e livre exercício da atividade econômica (art. 170, IV, da CF/88);

(v) Os arts. 24 e 25 impõem a indedutibilidade dos juros para fins de determinação da CSLL, com base em uma regra aplicável apenas ao IRPJ, quando a jurisprudência pacífica dos tribunais adminis-

«SE DEVEMOS RECONHECER COMO UM CAMINHO SEM RETORNO, QUE AS AUTORIDADES SE VALHAM DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O TEMA»

trativos e judiciais afirmam que tal remissão afronta o princípio da legalidade (art. 150, I, da CF/88); e (vi) O endividamento em moeda estrangeira, comparado ao patrimônio líquido expresso em reais, submete a dedutibilidade dos juros também aos efeitos da variação cambial, criando um

ambiente de insegurança jurídica caso não se preveja um mecanismo de ajuste que anule os efeitos da oscilação da moeda.

Adicionalmente, a doutrina internacional já tem ressaltado a possibilidade de as convenções, para evitar a dupla tributação da renda, limitarem o alcance das regras de subcapitalização previstas na legislação interna, especialmente os arts. 9 (Empresas Associadas), 10 (Dividendos), 11 (Juros), 23 (Métodos para Evitar a Dupla Tributação), e 24 (Não Discriminação).

As regras de subcapitalização representam uma realidade internacional que demorou a ganhar assento no ordenamento tributário brasileiro. Mostrou-se, em nosso entendimento, como uma alternativa mais simples para as autoridades fiscais brasileiras do que insistir com discussões como as que decorrem da prevalência da substância sobre a forma, abuso de formas, e à aplicação do princípio do *arm's length*, em relação às estruturas de *debt x equity* utilizadas pelos investidores estrangeiros para o financiamento de suas atividades no Brasil. Se devemos reconhecer como um caminho sem retorno – como aconteceu com as presunções instituídas pela legislação de preços de transferência – que pelo menos as autoridades brasileiras se valham da experiência internacional sobre o tema para evitar que as violações acima se confirmem, ou, ao menos, que sejam mitigadas.

André Gomes de Oliveira é sócio responsável pelo Departamento Tributário do escritório Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados. O artigo é de co-autoria de Thalles Paixão, advogado associado ao Departamento Tributário do mesmo escritório.