

Editor: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-assistente: Michell Przepiorka

ISSN 1415-8124

REVISTA DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

RDTA

48

2º Quadrimestre 2021

Current Issues of Tax Law Review

N. 48 – 2021 / 2nd Quarter



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Aspectos Controvertidos sobre as Regras de Subcapitalização após o Advento da Lei n. 12.973/2014: o Caso dos Juros Apropriados como Custo

Controversial Aspects of the Thin Capitalization Rules after Law No. 12,973/2014: Interests Accounted as Cost of Assets

Bruno Akio Oyamada

Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário e Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo e em Administração de Empresas pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Advogado. *E-mail*: bruno.oyamada@gmail.com.

Victor Lyra Guimarães Luz

Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista (LL.M.) em Direito Tributário pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Graduado em Direito pela Universidade Salvador. Advogado. *E-mail*: victor.lluz@outlook.com.

Recebido em: 20-08-2019

Aprovado em: 26-04-2021

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar determinados aspectos relacionados à aplicação das regras de subcapitalização após o advento da Lei n. 12.973/2014. De modo mais específico, será investigado o momento de verificação dos limites de endividamento veiculados pelas regras de subcapitalização (Lei n. 12.249/2010) na hipótese em que os juros associados a empréstimos são apropriados como custo fiscal de determinado ativo. O artigo buscará demonstrar que a verificação desses limites de endividamento deve ocorrer por ocasião da apropriação contábil dos juros como custo dos respectivos ativos, pois, apenas dessa maneira, alcança-se a finalidade dessas regras, além de respeitar o princípio da igualdade.

Palavras-chave: regras de subcapitalização, apropriação de juros, Lei n. 12.973/2014.

Abstract

The purpose of this article is to analyze certain aspects related to the application of the thin capitalization rules after the enactment of the Law No. 12,973/14. Specifically, it will be analyzed the moment for testing the indebted-

edness limits of the thin capitalization rules (Law No. 12,249/10) in the case that the cost for tax purposes of certain assets is compounded by the interests derived from certain loans. The study concludes that the correct moment for testing these limits should be the moment that the interests are included for accounting purposes as cost of the corresponding assets.

Keywords: Thin capitalization rules; Interest accounting registry; Law No. 12,973/2014.

1. Introdução

O fenômeno da subcapitalização (*thin capitalization*) está relacionado à forma de financiamento das atividades empresariais: se com recursos próprios (capital social), aportados pelos sócios da entidade, ou com recursos de terceiros, captados no mercado mediante financiamentos bancários ou lançamento de títulos, como as debêntures (dívida).

No estudo das finanças, a distinção é relevante por conta dos riscos envolvidos e dos respectivos impactos relacionados às remunerações correspondentes (dividendos x juros)¹.

Para fins fiscais, a distinção também é relevante, na medida em que, enquanto as despesas de juros podem ser deduzidas na apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro (“CSL”), os dividendos são indedutíveis.

Nesse sentido, existindo uma discricionariedade do empresário na decisão sobre a estrutura de financiamento da atividade empresarial², pode ser que, para as empresas tributadas pela sistemática do lucro real³, haja maior inclinação pelo financiamento por meio do capital de terceiros, já que a sua remuneração (juros) poderá ser deduzida na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL, gerando assim uma eficiência fiscal⁴.

É evidente, no entanto, que a capacidade de endividamento de uma sociedade não será ilimitada, já que a o aumento da proporção dívida *versus* capital próprio elevará o custo do capital de terceiros, na medida em que aumenta o risco de crédito assumido pelo credor, reduzindo o valor econômico da companhia. Por

¹ MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. Corporate income taxes and the cost of capital: a correction. *The American Economic Review* vol. 53, No. 3 (jun. 1963), p. 434. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28196306%2953%3A3%3C433%3ACITATC%3E2.0.CO%3B2-G>. Acesso em: 26 abr. 2021.

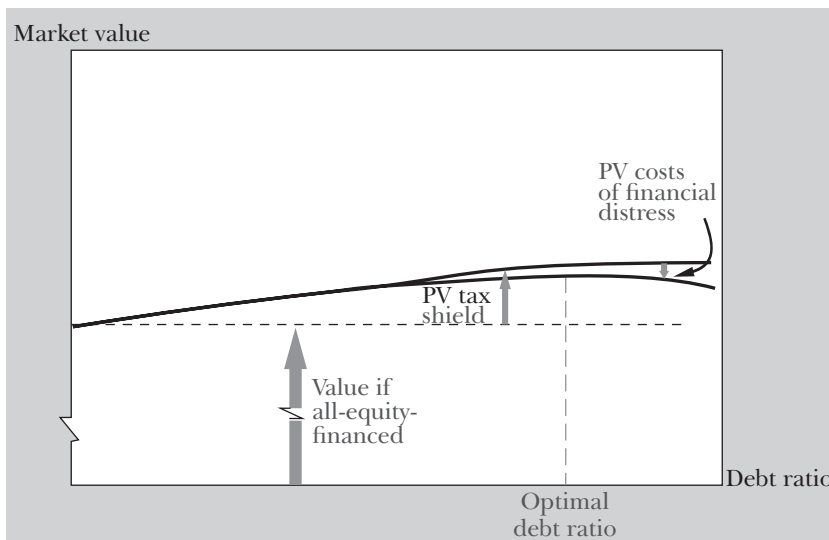
² BYOUN, Soku. Financial flexibility and capital structure decision. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1108850>. Acesso em: 26 abr. 2021.

³ Apesar de distintas, utilizaremos neste artigo o termo “lucro real” para referência às bases de cálculo do IRPJ e da CSL.

⁴ Para maiores esclarecimentos sobre o tema, ver: SANTOS, Ramon Tomazela. As regras tributárias de subcapitalização: entre a antielisão e o estímulo à capitalização societária. A influência das teorias econômicas (*trade-off* e *pecking-order*) na estrutura de capital das pessoas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 225. São Paulo: Dialética, jun. 2014, p. 147-162.

esse motivo, inclusive, é que nas finanças corporativas estuda-se como o administrador pode maximizar o valor da companhia por meio de um custo de capital mínimo, alcançado através de uma proporção ótima entre dívida x capital próprio.

O gráfico a seguir, extraído do livro *Principles of corporate finance*⁵, expõe essa relação entre a alavancagem financeira e o valor de mercado da companhia:



Nesse contexto, a existência de uma eficiência fiscal associada ao financiamento da atividade empresarial por meio da utilização de capital terceiros não deveria levar, em si, a uma subcapitalização, já que, a partir de determinada proporção dívida x capital próprio, o custo de capital, mesmo considerando a dedução dos juros, passaria a reduzir o valor da companhia. É o que demonstra o gráfico acima.

No entanto, quando os empréstimos têm como credores partes relacionadas à pessoa jurídica, essa estrutura ótima de endividamento pode ser manipulada, com o objetivo de gerar despesas financeiras sobre passivo financeiro que não existiria em condições normais de mercado. Nessa situação, as bases de cálculo do IRPJ e da CSL são reduzidas por despesas financeiras associadas a um volume excessivo de dívidas contraídas com partes relacionadas.

Assim, com o objetivo de evitar que o lucro, que, na tributação do IRPJ e da CSL serve como referência de “capacidade contributiva”⁶, seja distorcido em ra-

⁵ BREALEY, Richard A.; MYERS, Stewart C.; ALLEN, Franklin. *Principles of corporate finance*. 10th edition. New York: McGraw-Hill Irwin, 2011, p. 447.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm’s length: beyond the guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation December 2015*, p. 696.

ção de um volume excessivo de endividamento com partes relacionadas, o ordenamento jurídico brasileiro possui regras que têm como objetivo restringir a dedução das despesas financeiras correspondentes a esses empréstimos. Essas são as denominadas regras de subcapitalização.

No entanto, no Brasil, as regras de subcapitalização são aplicáveis apenas quando os credores dos empréstimos tidos como excessivos residem em outras jurisdições e são, de alguma forma, partes relacionadas ou submetidas a regime fiscal favorecido, pois pressupõe-se que seriam essas situações nas quais haveria um campo mais fértil para o planejamento fiscal⁷, a partir da transferência da base tributável do Brasil para outros países.

Desse modo, feitos esses breves esclarecimentos acerca das regras de subcapitalização, cabe destacar que, com a introdução dos padrões internacionais de contabilidade e sua regulamentação, para fins fiscais, pela Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014 (“Lei n. 12.973/2014”), têm surgido novas questões vinculadas à forma de aplicação das regras de subcapitalização.

Dentre essas questões, tem-se aquela relacionada à forma de aplicação das regras de subcapitalização nas situações em que os juros incorridos pela pessoa jurídica estão associados a empréstimos contraídos para aquisição ou construção de determinados ativos e são, assim, apropriados como custo fiscal do ativo correspondente, conforme autorizado pela Lei n. 12.973/2014.

Nesse contexto, a questão que se pretende analisar nesse artigo é a seguinte: qual é a correta forma de apuração dos limites de endividamento previstos na Lei n. 12.249, de 11 de junho de 2010, na hipótese de os juros serem apropriados pelo contribuinte como custo, e não como despesa?

Para tanto, no presente artigo serão analisadas, em um primeiro momento, as regras de subcapitalização endereçadas pela legislação brasileira e, em seguida, após demonstrada a hipótese em que a Lei n. 12.973/2014 autorizou que o custo fiscal do ativo fosse composto pelos juros associados a um financiamento, será analisado como as regras de subcapitalização impactam o caso mencionado, especialmente com relação ao momento de teste dos limites de endividamento previstos pela lei. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

2. Subcapitalização: considerações gerais e a finalidade das normas introduzidas pela Lei n. 12.249/2010

Embora possam existir variações de país para país, tanto no modo de restrição à dedutibilidade dos juros, como na aplicação dada pelas autoridades fiscais,

⁷ Por conta disso, o instituto em questão foi objeto de estudo específico pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio do Plano de Ação nº 4, que objetivou estudar os potenciais impactos e delinear alternativas a serem adotadas pelos países para mitigar planejamentos fiscais abusivos.

destaca-se que a adoção de normas fiscais para combate à subcapitalização é expediente adotado por diversos países no mundo⁸.

Em linhas gerais, o fenômeno da subcapitalização consiste na insuficiente disposição de capital social para o desempenho, por parte da pessoa jurídica, de sua atividade empresarial⁹. O elemento central para a sua verificação, portanto, é a identificação de um capital próprio baixo, ou ínfimo, para o exercício das suas atividades, o que pode trazer impactos não só para o fisco, mas também para os credores¹⁰.

Do ponto de vista de preservação dos interesses do fisco no Brasil, o controle da subcapitalização ocorre por meio das regras introduzidas no ordenamento pela publicação da Medida Provisória n. 472, de 15 de dezembro de 2009, posteriormente convertida na Lei n. 12.249/2010.

Conforme declarado na Exposição de Motivos da MP n. 472/2009, as regras de subcapitalização objetivam evitar a erosão das bases de cálculo do IRPJ e da CSL por meio de endividamento excessivo das companhias brasileiras com partes sediadas no exterior que estejam, de alguma forma, vinculadas à pessoa jurídica brasileira ou submetidas a cargas tributárias reduzidas¹¹. Veja-se:

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

29.1. A dedução desses juros da base de cálculo do IRPJ (alíquota de 15% mais adicional de 10%) e da CSLL (alíquota de 9%) gera uma economia tributária de 34% do seu valor. Mesmo considerando que as remessas para pagamento de juros são tributadas pelo Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15%, resta uma economia tributária de 19%.

29.2. A medida torna os juros considerados excessivos indedutíveis, segundo critérios e parâmetros legais. O objetivo é controlar o endividamento abusivo

⁸ BLOUIN, Jennifer; HUIZINGA, Harry; LAEVEN, Luc; NICODÈME, Gaëtan. Thin capitalization rules and multinational firm capital structure. *IMF Working Paper*, WP/14/12. International Monetary Fund, January 2014, p. 7.

⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. As regras tributárias de subcapitalização: entre a antielisão e o estímulo à capitalização societária. A influência das teorias econômicas (*trade-off* e *pecking-order*) na estrutura de capital das pessoas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 225. São Paulo: Dialética, jun. 2014, p. 152.

¹⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. As regras tributárias de subcapitalização: entre a antielisão e o estímulo à capitalização societária. A influência das teorias econômicas (*trade-off* e *pecking-order*) na estrutura de capital das pessoas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 225. São Paulo: Dialética, jun. 2014, p. 153.

¹¹ ROLIM, João Dácio; CAMPOS, Fabrício Costa Resende de. Juros, preços de transferência e regras de subcapitalização. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2013. 4º vol., p. 133.

junto a pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais.”

Por óbvio, na prática empresarial, as situações em que uma subcapitalização pode ser verificada vão muito além do que declarado no item 29 da exposição de motivos. Contudo, deixou-se claro o objetivo central da norma: evitar endividamentos excessivos com partes relacionadas, ou em situações fiscais específicas, que resultariam na transferência da base tributável do Brasil para o exterior, medida que teria por resultado a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSL incidentes sobre a companhia brasileira.

Com base nisso, pode-se dizer que as normas de subcapitalização têm natureza de norma antielisiva específica¹², por limitar os efeitos tributários a uma relação específica de direito privado (contrato de mútuo), cujo cerne é o combate ao endividamento excessivo com residentes em diferentes jurisdições, com vistas à garantia de neutralidade dos efeitos fiscais entre os residentes no País.

Especificamente, o legislador previu uma ficção jurídica como técnica legislativa para atribuir efeito jurídico ao endividamento excessivo¹³, determinando que o endividamento excessivo não será verificado através de comparações com estrutura de financiamento estabelecidas em condições de mercado, mas, sim, mediante determinados parâmetros previstos em lei. Dessa forma, nas hipóteses em que os endividamentos ultrapassem os limites ali previstos, os juros correspondentes às dívidas em excesso serão considerados desnecessários e, portanto, indedutíveis na apuração do lucro real.

Ou seja, o legislador previu determinados níveis de endividamento que entendeu que seriam compatíveis com os parâmetros de mercado e, a partir desses, determinou que seriam verificadas as situações de endividamento excessivo, alcançadas pelas regras de subcapitalização.

Além disso, outro aspecto relevante das regras de subcapitalização no Brasil diz respeito ao fato de que alcançam não apenas as transações com partes relacionadas sediadas no exterior, mas também as transações com credores sediados em jurisdição de tributação favorecida (“JTF”) ou submetidos a regime fiscal privilegiado (“RFP”).

Analisando as regras postas pela Lei n. 12.249/2010, Alberto Xavier¹⁴ explica que no Brasil três são os requisitos fundamentais que devem ser analisados para verificar se ocorre a subcapitalização: (i) elemento da estraneidade, correspondente à residência do credor no exterior e do tomador dos financiamentos no

¹² SANTOS, Ramon Tomazela. As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 184. São Paulo: Dialética, 2011, p. 118.

¹³ SANTOS, Ramon Tomazela. As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 184. São Paulo: Dialética, 2011, p. 119.

¹⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 410.

Brasil – as regras em questão não se aplicam a situações internas¹⁵; (ii) qualificação do credor, especificamente sobre a vinculação com o devedor ou o regime tributário a que está submetido (JTF ou RFP); e (iii) um endividamento “excessivo”, nos termos da legislação.

Antes de passarmos a uma breve descrição da norma para fins de verificar os três pontos centrais postos por Alberto Xavier, pode-se resumir o que foi dito até aqui da seguinte forma: as normas introduzidas pela Lei n. 12.249/2010 têm por finalidade controlar, para fins de preservação dos interesses do fisco, o endividamento excessivo de uma sociedade brasileira com partes relacionadas ou residentes em JTF ou RFP, que teria por consequência a transferência de base tributável para o exterior, com consequente redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSL.

2.1. Qualificação do credor e do endividamento excessivo

a) Remessa de juros a partes vinculadas não localizadas em JTF ou RFP

Dispõe o art. 24 da Lei n. 12.249/2010 que os juros pagos ou creditados por fontes brasileiras a partes vinculadas¹⁶, não localizadas em JTF ou RFP, somente serão dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSL nas hipóteses em que, além de atenderem aos requisitos para caracterização das despesas operacionais¹⁷, observarem os seguintes requisitos:

- Nas hipóteses de endividamento com parte vinculada no exterior que detenha participação societária na pessoa jurídica brasileira, o valor do endividamento, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não poderá ser superior a duas vezes o valor da participação no PL da pessoa jurídica residente no Brasil;
- Nas hipóteses de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que não detenha participação societária na pessoa jurídica brasileira, o valor do endividamento, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não poderá ser duas vezes o valor do PL da pessoa jurídica brasileira.

Os requisitos estão previstos, respectivamente, nos incisos I e II do art. 24 da Lei n. 12.249/2010, sendo que, em qualquer das hipóteses acima, o valor do soma-

¹⁵ As situações internas possuem regras específicas, quais sejam, as regras de Distribuição Disfarçada de Lucros (DDL), previstas no art. 528 do RIR/18.

¹⁶ Segundo o aludido dispositivo, pessoas vinculadas são aquelas relacionadas no art. 23 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Sobre este ponto, Alberto Xavier deixa claro que qualquer tipo de relação de vinculação prevista na lei, quer estas se traduzam ou não em participações societárias, implica a aplicação das regras de subcapitalização (XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 411).

¹⁷ Previstos no art. 47 da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, regulamentado pelo art. 311 do RIR/18.

tório dos endividamentos não pode ser superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no PL da pessoa jurídica brasileira.

Os juros associados a empréstimos que ultrapassem os coeficientes acima serão indedutíveis na apuração do IRPJ e da CSL, por serem consideradas despesas relacionadas a empréstimos desnecessários, devendo sofrer ajustes na apuração do IRPJ e da CSL mediante adição às bases de cálculo desses tributos, nos termos do § 3º do aludido art. 24.

b) Remessa de juros a partes vinculadas localizadas em JTF ou RFP

Por outro lado, o art. 25 da Lei n. 12.249/2010 trata das hipóteses de remessa de juros pagos por fontes brasileiras a entidades localizadas em JTF ou RFP¹⁸. Segundo tal dispositivo, os juros somente serão dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSL se, além qualificados como despesas ou custos operacionais, o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em JTF ou RFP não for superior a 30% do valor do PL da pessoa jurídica brasileira. As despesas associadas a empréstimos que excederem ao coeficiente acima serão consideradas indedutíveis na apuração do IRPJ e da CSL, por serem consideradas despesas desnecessárias¹⁹.

O seguinte quadro resume os critérios delineados pela legislação em análise:

Empréstimo contraído no exterior		
	Endividamento que não supere (limite individual)	Endividamento que não supere (limite geral)
Com parte vinculada que detém participação societária na PJ brasileira	Critério 2:1 Participação – 2 vezes o valor da participação da vinculada na PL da PJ brasileira	2 vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no PL da PJ brasileira
Com parte vinculada que não detém participação societária na PJ brasileira	Critério 2:1 PL – 2 vezes o valor do PL da PJ brasileira	
Com entidade localizada em JTF ou RFP	Valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em JTF ou RFP não seja 30% do valor do PL da PJ brasileira	

Cumpridos tais requisitos, que devem ser verificados por ocasião da apropriação dos juros conforme as regras indicadas no tópico 2.2, a totalidade dos juros remetidos ao residente no exterior será dedutível na apuração do IRPJ e da CSL.

¹⁸ Caracterizadas nos termos dos arts. 24 e 24-A, ambos da Lei n. 9.430/1996.

¹⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga; DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro – questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. 15º vol., p. 397.

2.2. Verificação do limite de endividamento e dedutibilidade dos juros: regras gerais

De acordo com o que dispõe o art. 24 da Lei n. 12.249/2010, o limite de endividamento, que levará em consideração todas as formas e prazos de financiamento²⁰, deve ser verificado por ocasião da apropriação dos juros²¹, independentemente da situação em que a transação for enquadrada no âmbito da regra em análise – empréstimo com parte vinculada que detenha ou não participação societária na sociedade brasileira. A regra em questão é apenas repetida pela Instrução Normativa n. 1.154, sem qualquer especificação sobre o significado do termo “apropriação”.

A lei ainda indica que os limites em questão devem ser apurados pela média ponderada mensal²², o que, segundo a RFB²³, correspondente ao somatório do endividamento diário, dividido pelo número de dias do mês correspondente. Por sua vez, o PL a ser utilizado para cálculo do limite de endividamento é o constante no balanço da sociedade relacionado ao mês da apropriação dos juros, sendo

²⁰ “Art. 24 [...]”

§ 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.”

²¹ “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.”

²² “Art. 24. [...]”

§ 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.”

²³ Instrução Normativa n. 1.154/2011:

“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.”

opcional a utilização do valor do PL de acordo com os resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros.

Assim, vistos os pontos principais relacionados às regras de subcapitalização, passamos à análise das regras que admitem a apropriação dos juros associados a determinados empréstimos/financiamentos como custo fiscal de certos ativos.

3. Dedutibilidade de juros como custo ou despesa operacional: o art. 17 do Decreto-lei n. 1.598

Para fins contábeis, a possibilidade de apropriação dos juros associados à aquisição ou construção de um ativo foi regulada pelo Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”) n. 20 (“CPC 20”), ao prever que determinados custos de empréstimo atribuíveis à aquisição, construção ou produção de determinados ativos são capitalizáveis como parte do custo do ativo em questão.

Nos termos da norma contábil, a entidade deve capitalizar todos os custos dos empréstimos relacionados à aquisição, construção ou produção de um *ativo qualificável*²⁴ como parte do custo daquele ativo, sendo que os demais custos relacionados ao empréstimo devem impactar o resultado, no período em que incorridos, como despesa²⁵. Na situação em que o ativo não se enquadre como um *ativo qualificável*, os juros devem ser registrados como despesas diretamente em conta de resultado no período em que incorridos²⁶.

A Lei n. 12.973/2014 não se omitiu, tendo regulado o tema para fins fiscais mediante alteração do art. 17 do Decreto-lei n. 1.598/1977. O dispositivo legal em questão regula a hipótese em que é *facultado* ao contribuinte registrar os juros como custo do ativo, e não como despesa. Veja-se a redação do dispositivo legal:

“Art. 17. Os juros, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do exercício social, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 13 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas:

a) os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, a correção monetária prefixada e o deságio concedido na colocação de debêntures

²⁴ Definido pelo item 5 do CPC 20: “Ativo qualificável é um ativo que, necessariamente, demanda um período de tempo substancial para ficar pronto para seu uso ou venda pretendidos.”

²⁵ GELBCKE, Ernesto Rubens [et al]. *Manual de contabilidade societária*: aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 251 (versão digital).

²⁶ GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de contabilidade societária*: aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 778.

ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata tempore*, nos exercícios sociais a que competirem; e

b) os juros e outros encargos, associados a empréstimos contraídos, especificamente ou não, para financiar a aquisição, construção ou produção de bens classificados como estoques de longa maturação, propriedade para investimentos, ativo imobilizado ou ativo intangível, podem ser registrados como custo do ativo, desde que incorridos até o momento em que os referidos bens estejam prontos para seu uso ou venda.

§ 2º Considera-se como encargo associado a empréstimo aquele em que o tomador deve necessariamente incorrer para fins de obtenção dos recursos.

§ 3º Alternativamente, nas hipóteses a que se refere a alínea ‘b’ do § 1º, os juros e outros encargos poderão ser excluídos na apuração do lucro real quando incorridos, devendo ser adicionados quando o respectivo ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa.”

Em linhas gerais, o tratamento fiscal introduzido pelo legislador está vinculado às situações em que são contraídos empréstimos com a finalidade de financiar a aquisição, construção ou produção de bens classificados como estoques de longa maturação, propriedades para investimento, ativo imobilizado ou intangível. Nesses cenários, como visto, o legislador optou por conferir um tratamento fiscal específico aos juros, autorizando ao contribuinte optar pelo momento em que pretende dar o efeito fiscal aos juros incorridos na aquisição dos ativos mencionados.

Na prática, portanto, pode haver situações em que há um descasamento entre os tratamentos contábil e o fiscal, já que a entidade pode capitalizar o empréstimo no custo do ativo, enquanto para fins fiscais o contribuinte pode ter optado por dar o efeito fiscal aos juros no momento em que incorridos. Nessas situações, mediante controle no livro de apuração do lucro real (“Lalur”), os juros serão excluídos na apuração do lucro real quando incorridos, devendo ser adicionados quando o ativo a que os juros estavam vinculados for realizado²⁷.

Por outro lado, caso o contribuinte opte pela apropriação como custo do ativo, os juros não mais serão registrados como uma despesa financeira, que impacta o resultado da companhia no momento em que incorridos, mas sim como parcela integralmente do custo do ativo correspondente, de modo que o seu reflexo no resultado contábil e também fiscal, se dará no momento em que o ativo correspondente for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa.

Outro ponto que deve ser notado é que no § 1º do art. 17 do Decreto-lei n. 1.598/1977, o legislador remeteu a dedução dos juros como custo ou despesa à regra prevista no art. 13 da Lei n. 9.249/1995, que prescreve uma série de vedações à dedutibilidade de despesas incorridas pelas pessoas jurídicas.

²⁷ Cf. art. 145, § 3º, da Instrução Normativa n. 1.700.

A análise do dispositivo em questão deixa clara a pretensão do legislador: o objetivo foi abarcar hipóteses específicas, cujas despesas não tenham sido incorridas pelo contribuinte mediante uma relação de pertinência com a produção ou comercialização de bens e serviços²⁸.

No caso em que o contribuinte opte pela apropriação dos juros como custo, o inciso III do mencionado art. 13 poderia impactar a dedução das despesas de depreciação (que contém, ainda que não visível, uma parcela dos juros), quando não intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização de bens e serviços.

Pode-se dizer, portanto, que o legislador da Lei n. 12.973/2014, responsável pela alteração do art. 17 do Decreto-lei n. 1.598/1977, previu uma situação em que pretende ver os juros deduzidos (como custo ou despesa) somente nos casos em que estes sejam utilizados no contexto da (e tenho uma relação com a) produção ou comercialização de bens/serviços. Em outras palavras: a ideia foi permitir a dedutibilidade dos juros sempre que vinculados às atividades operacionais das pessoas jurídicas. Afora isso, a dedutibilidade não seria admitida.

Não obstante, à primeira vista, a norma em questão pode trazer uma situação de desconformidade se interpretada desta forma, porque o contribuinte que optar pela dedução dos juros como despesa direta no resultado não estaria vinculado ao teste da depreciação como despesa intrinsecamente relacionada à operação. É dizer: se, no momento da depreciação, os bens cujos juros tenham sido incorridos não forem mais utilizados nas atividades da empresa, a dedução não mais seria possível.

Apesar de interessante, a análise do alcance do dispositivo não está no escopo deste trabalho, razão pela qual não iremos nos alongar no tema acima.

Sendo assim, a partir dos aspectos gerais da norma prevista no art. 17 do Decreto-lei n. 1.598/1977, passaremos no tópico seguinte à análise do tema central do presente artigo: a aplicação das regras de subcapitalização na hipótese em que o contribuinte opta por apropriar os juros decorrentes de empréstimos associados à construção ou aquisição ativos como custo desses bens.

4. Aplicação das regras de subcapitalização na hipótese de apropriação dos juros como custo de ativos

Conforme abordado nos tópicos anteriores, as regras de subcapitalização, de modo geral, visam neutralizar os efeitos fiscais decorrentes da dedução de juros sobre endividamento excessivo contratado com partes relacionadas sediadas no exterior ou agentes econômicos em JTF ou submetidos a RFP²⁹.

²⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das empresas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 466.

²⁹ Devendo-se ressaltar que a legislação brasileira, como visto, estende a aplicação de tais regras quando são pagos juros a partes relacionadas residentes em JTF ou RFP.

Além disso, como visto, os juros decorrentes de um endividamento excessivo podem afetar as bases de cálculo do IRPJ e da CSL de forma adversa tanto quando são apropriados como despesa, situação na qual o efeito fiscal se verifica na mesma competência em que há o registro contábil, como quando são apropriados como custo, hipótese na qual pode haver um descompasso temporal entre o registro contábil e o efeito tributário.

Desse modo, passa-se nesse momento a analisar a forma de aplicação das regras de subcapitalização à hipótese específica na qual os juros, ao invés de serem apropriados como despesas financeiras no período corrente, são apropriadas como custo do ativo. De modo mais específico, a questão que pretendemos analisar diz respeito ao momento em que a proporção dívida \times capital próprio, para fins de aplicação das regras de subcapitalização, deve ser verificada.

Para conduzir tal análise, devemos iniciar pela verificação da própria aplicabilidade das regras de subcapitalização a essa situação.

Ao nosso ver, o posicionamento só pode ser no sentido de que tais regras devem ser aplicadas aos casos em que os juros são apropriados como custo, já que também nessa situação haverá a redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSL e a legislação fiscal não exclui, de forma expressa, essa situação do campo de aplicação das regras de subcapitalização. Afinal, dado que o objetivo das normas de subcapitalização é controlar o endividamento excessivo entre partes relacionadas localizadas em jurisdições distintas, a mera apropriação dos juros incorridos como custo de um ativo não impede a aplicação dos controles pretendidos pelo legislador à situação posta.

Não obstante, tendo em vista que o elemento central das regras de subcapitalização é atacar uma “indevida” redução da base de cálculo do IRPJ e da CSL, parece-nos claro que só haverá que se falar em ajustes na apuração desses tributos, em decorrência da aplicação dessas regras, quando, em razão do registro dos juros como custo, for efetivamente verificada uma redução dessa base de cálculo.

Nesse sentido, tomando como exemplo a situação em que o bem correspondente está sujeito à amortização, somente caberá um ajuste do lucro líquido, para fins de apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, quando o custo, majorado pelo valor dos juros, for depreciado, gerando despesas dedutíveis na apuração desses tributos. Assim, antes de os juros impactarem as bases de cálculo do IRPJ e da CSL, não haverá que se falar em ajustes na apuração desses tributos em razão das regras de subcapitalização.

Prosseguindo na análise do caso e assumindo a premissa de que as regras de subcapitalização devem ser aplicadas à hipótese na qual os juros são apropriados como custo, cabe então verificar a forma de aplicação dessas regras, já que poderá haver dúvidas relacionadas ao momento no qual deve ser apurada a proporção dívida *versus* capital próprio.

Isso porque, como visto, ao contrário do que ocorre quando os juros são apropriados como despesa no período corrente, nas situações em que os juros são

OYAMADA, Bruno Akio; LUZ, Victor Lyra Guimarães. Aspectos Controvertidos sobre as Regras de Subcapitalização após o Advento da Lei n. 12.973/2014: o Caso dos Juros Apropriados como Custo.

Revista Direito Tributário Atual n.º 48. ano 39. p. 45-69. São Paulo: IBDT, 2.º quadrimestre 2021.

apropriados como custo o efeito fiscal correspondente pode ser (e normalmente será) verificado em momento posterior ao registro contábil dos juros.

Em suma: a dúvida que surge é quando deve ocorrer a verificação dos limites postos na Lei n. 12.249/2010, para fins de verificar a ocorrência, ou não, do fenômeno da subcapitalização.

Assim, nos itens seguintes, trataremos duas possíveis interpretações sobre o tema e, ao final, duas hipóteses para testar as nossas conclusões.

4.1. Os possíveis momentos de verificação da proporção dívida versus capital próprio para fins de aplicação das regras de subcapitalização

Em relação à questão sob discussão, assumimos, *a priori*, que dois posicionamentos seriam possíveis: (i) verificação da proporção dívida \times capital próprio no momento do efeito fiscal (i.e., realização do ativo correspondente); ou (ii) verificação da proporção dívida \times capital próprio no momento em que os juros são apropriados como custo.

Vejamos abaixo.

4.1.1. Primeira abordagem: cumprimento da proporção dívida versus capital próprio no momento do efeito fiscal

Em uma primeira abordagem, poder-se-ia defender que a análise do cumprimento da proporção dívida *versus* capital próprio deveria ser realizada quando da verificação do efeito fiscal, isto é, quando o ativo vinculado ao empréstimo fosse realizado (via depreciação, alienação, baixa ou qualquer outro evento de realização), reduzindo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Por essa abordagem, portanto, seria verificado o cumprimento do limite de endividamento excessivo no momento da dedução dos valores associados aos juros como componente do custo do ativo (e.g. dedução de despesa de depreciação ou dedução como custo de aquisição na alienação do bem). A ideia seria verificar se, no momento em que os juros são deduzidos como parcela integrante do custo do ativo, existiria um endividamento excessivo, ignorando-se a proporção dívida \times capital próprio do momento em que os juros foram apropriados como custo.

A justificativa da aplicação das regras de subcapitalização neste momento passa por uma suposta linearidade das regras de subcapitalização, que devem ser verificadas quando se procede ao efeito fiscal dos juros, e não quando o empréstimo fora contratado. Isso decorreria de uma interpretação literal dos incisos I, II e III do art. 24 da Lei n. 12.249/2010, que, ao utilizar o termo “apropriação” dos juros para determinação do momento de aplicação das regras de subcapitalização, teria se referido ao momento de “apropriação fiscal” dos juros, e não o momento em que os juros foram apropriados como custo ou despesa contábil. Diante disso, “apropriação” seria registro no resultado fiscal, ou seja, nas bases de cálculo dos tributos sobre o lucro.

Assim, segundo esta abordagem, em uma situação na qual o ativo está sujeito à depreciação, dever-se-ia, quando da dedução das despesas de depreciação, identificar a proporção dívida *versus* capital próprio e, a partir daí, verificar se a parcela dessas despesas vinculada aos juros seria dedutível ou não na apuração dos tributos. Em casos de descumprimento dos limites, os juros excessivos seriam considerados indedutíveis.

No entanto, parece-nos que, se as normas de subcapitalização objetivam evitar efeitos fiscais nocivos decorrentes da contratação de endividamentos excessivos, o mais correto não parece ser verificar os limites no momento do efeito fiscal correspondente, mas sim no momento em que são contraídos os empréstimos, pois assim prestigia-se a finalidade da norma. É o que passamos a analisar.

4.1.2. Segunda abordagem: cumprimento da proporção dívida *versus* capital próprio no momento da contratação do empréstimo

A segunda abordagem considera que a proporção dívida *versus* capital próprio deveria ser verificada tomando-se em consideração as variáveis do momento em que os juros são apropriados contabilmente como custo, ainda que o efeito fiscal seja verificado apenas em momento posterior. Para analisar essa segunda abordagem, diferentes óticas foram trazidas, quais sejam: (i) coerência da norma de acordo com a interpretação gramatical; (ii) interpretação desta abordagem segundo uma interpretação teleológica das regras de subcapitalização; e (iii) obediência ao princípio da igualdade.

a) *Interpretação gramatical: o significado do termo “apropriação”*

Como se sabe, por conta da possível ambiguidade adotada pela linguagem utilizada pelo legislador, a atividade interpretativa torna-se relevante para que sejam atribuídos sentidos aos textos postos nas leis. Em outras palavras: interpretar é atribuir sentidos a um texto³⁰, sendo o primeiro degrau da investigação do sentido de uma lei³¹.

Para tanto, diversos são os métodos interpretativos disponíveis ao intérprete, como, por exemplo, interpretação extensiva, restritiva, gramatical, sistemática, histórica e teleológica.

A interpretação gramatical é aquela por meio da qual o intérprete, para a construção da norma jurídica, se vale exclusivamente dos elementos textuais estabelecidos no texto legal³². Apesar de criticada no contexto da hermenêutica em

³⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 31.

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 708 (versão digital).

³² MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: jurista y lingüistas frente a frente. *Revistes Científiques Universitat d'Alacant*, 2000, p. 610. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-inter>

função de sua pobreza³³ decorrente do privilégio apenas aos elementos textuais, tal método é relevante para uma interpretação inicial das normas de subcapitalização no contexto da análise pretendida.

Como visto na abordagem anterior, um possível significado do termo “apropriação” dos juros é o momento do efeito fiscal, de modo que a “apropriação” indicada pela Lei n. 12.249/2010 seria a própria “dedução” dos juros.

Contudo, parece-nos que essa atribuição de sentido não está correta. Em outras palavras: não parece que o legislador tenha utilizado o termo “apropriação” como sinônimo de “dedução”, uma vez que o termo apropriação representa uma técnica contábil de registro de elementos em conta de ativo, passivo, receita ou despesa.

Por mais que não haja uma definição contábil específica para o termo, a análise da doutrina deixa clara que a apropriação representa o registro contábil de itens³⁴. Isso não vale só para a doutrina contábil, de modo que a análise das instruções normativas da Receita Federal segue o mesmo sentido da contabilidade, como ocorre, por exemplo, na Instrução Normativa n. 1.700/2017. Veja-se alguns exemplos:

“Art. 39. Serão acrescidos às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, no mês em que forem auferidos, os ganhos de capital, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não compreendidas na receita bruta definida no art. 26, inclusive:

[...]

§ 2º Os valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o § 1º, *apropriados* como receita financeira no mesmo período de apuração do reconhecimento das receitas a que se refere o *caput* ou em outro período de apuração, não serão incluídos na base de cálculo estimada.”

“Art. 59 [...]

§ 1º Considera-se receita total o somatório:

[...]

V – das parcelas de receitas auferidas nas exportações às pessoas vinculadas ou aos países com tributação favorecida que excederem o valor já *apropriado* na escrituração da empresa, na forma prevista na Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012;”

pretacion-literal-juristas-y-linguistas-frente-a-frente. Acesso em: 04 abr. 2021.

³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 778.

³⁴ Cf., por exemplo, a “apropriação de receita ou despesa” ou “apropriação dos custos de produção” utilizados pelo Manual de Contabilidade da Fipecafi. Além das referências acima, em diversas outras passagens do Manual em questão o termo apropriação é utilizado no mesmo sentido, isto é, de “registro contábil” (GELBCKE, Ernesto Rubens [et al]. *Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 123; e p. 243).

“Art. 91. Na venda a prazo sujeita ao ajuste a valor presente a que se refere o art. 90 os valores decorrentes desse ajuste serão registrados a crédito *em conta de juros a apropriar ou equivalente*.”

Portanto, não tendo o legislador tributário definido o termo utilizado na lei, parece correto dizer que houve uma remissão ao sentido da contabilidade.

Isto fica ainda mais claro quando se verifica que a técnica de “dedução”, para fins de composição das bases de cálculo do IRPJ e da CSL, é própria do Direito Tributário. Dedução, portanto, é sempre fiscal, representando a retirada, por razões diversas, de componentes para fins de calcular os tributos devidos.

Assim, caso a Lei n. 12.249/2010 quisesse determinar que a regra seria verificada por ocasião da “dedução” dos juros, teria feito de forma expressa, em vez de utilizar um termo que não se confunde com dedução. Apropriação e dedução, portanto, são termos com sentidos distintos.

Em suma: com base em uma interpretação gramatical do art. 24 da Lei n. 12.249/2010, que serve apenas como ponto de partida para análise da questão, o legislador, ao tratar da proporção dívida *versus* capital próprio, utilizou o termo “apropriação” e não “dedução” dos juros, indicando que a verificação da proporção em comento deveria ser feita levando-se em conta o registro contábil (apropriação) dos juros pela pessoa jurídica. A segunda abordagem, portanto, é mais consistente do que a primeira neste ponto.

Além da interpretação gramatical, a interpretação teleológica também deve ser utilizada para verificar o momento de teste das regras de subcapitalização diante do caso da apropriação dos juros como custo dos ativos.

b) Interpretação teleológica

Levando-se em conta uma interpretação teleológica, parece-nos, de igual forma, que o segundo posicionamento é o mais consistente.

Como se sabe, a interpretação teleológica é aquela por meio da qual o intérprete se vale das finalidades postas na lei, ou no objeto analisado, para extrair o sentido das normas jurídicas.

Com base nisso, dado que as regras de subcapitalização têm por objetivo (finalidade) coibir os efeitos fiscais decorrentes da contratação de dívidas em parâmetros considerados excessivos pelo legislador, parece-nos que a regra deve ser aplicada levando-se em consideração o período dentro do qual essa dívida é registrada pela pessoa jurídica, isto é, durante a vigência do contrato de mútuo, o que coincide com momento de apropriação dos juros na contabilidade.

Realmente, será apenas nesse momento que se poderá verificar se o nível da dívida associada aos juros que serão futuramente deduzidos é excessivo ou não, à luz dos critérios das regras de subcapitalização.

Com efeito, se deslocarmos a análise da proporção dívida \times capital próprio para o momento em que é verificado o efeito fiscal (i.e., dedução dos valores asso-

ciados aos juros como custo ou despesa), deixa-se de alcançar a finalidade da norma, uma vez que os juros associados a um endividamento excessivo poderão passar a reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSL em momento em que não há mais uma relação de excesso de endividamento com a parte relacionada, contrariando, assim, a finalidade da norma.

Um exemplo seria a situação na qual a dívida com a parte relacionada é totalmente amortizada antes da construção do ativo. Nessa situação, caso aplicado o primeiro posicionamento, a pessoa jurídica brasileira poderia considerar como custo fiscal integralmente dedutível todo o valor dos juros, ainda que tenham como origem um empréstimo excessivo.

Claramente essa posição estaria em desconformidade com o ideal da norma, já que permitiria justamente o que as normas de subcapitalização combatem: a transferência da base tributável para o exterior, com conseqüente redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSL em decorrência de um endividamento excessivo.

Ainda, visto sob outra perspectiva, empréstimos concedidos de forma não excessiva poderiam ter os juros correspondentes considerados excessivos, caso, no momento em que deduzidos como parcela integrante do custo, tenha se verificado uma relação de endividamento excessivo com a parte relacionada.

Ou seja: por mais que estivessem sendo cumpridas as regras de subcapitalização no momento de apropriação contábil dos juros, esses poderiam ser considerados excessivos exclusivamente em função do deslocamento da análise das regras de subcapitalização para o momento do efeito fiscal correspondente.

Assim, assumindo-se o primeiro posicionamento, corre-se o risco de, por um lado, negar os efeitos fiscais dos juros decorrentes de empréstimos não excessivos e, de outro, aceitar uma redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSL por meio da dedução de juros relativos a um empréstimo em excesso, frustrando-se, assim, a finalidade das regras de subcapitalização.

Além disso, ainda sob o ângulo da finalidade dessas regras, é interessante analisar a situação que envolve um credor sediado em JTF ou submetido a um RFP. Nesses casos, a finalidade buscada pelo legislador não é apenas coibir um endividamento em excesso, mas também permitir a dedução, como custo ou despesa, de juros que não serão oferecidos à tributação pelo credor em patamares considerados razoáveis.

Assumindo-se essa premissa, é possível verificar, também nesses casos, que o primeiro posicionamento não será compatível com a finalidade da norma, já que a sua aplicação teria como efeito reconhecer que os juros, ainda que não oferecidos à tributação pelo credor em patamares considerados razoáveis pelo legislador, seriam plenamente dedutíveis, como custo ou despesa, pela pessoa jurídica no Brasil, se, no momento em que é dado o efeito fiscal, o credor não está mais submetido a um regime tributário mais benéfico (JTF ou RFP).

Por outro lado, juros que foram tributados em patamares considerados como razoáveis pelo legislador poderiam ter sua dedutibilidade afastada caso o credor

tenha passado em um segundo momento a se submeter a um regime tributário mais benéfico (JTF ou RFP) e tenha sido atingindo o limite de endividamento previsto na legislação.

Desse modo, com base em uma interpretação teleológica, parece-nos que o segundo posicionamento é o que deve prevalecer, já que esse é o que prestigia o objetivo do legislador de evitar a erosão das bases de cálculo do IRPJ e da CSL em decorrência de empréstimos contraídos em excesso com partes relacionadas no exterior ou residentes em JTF ou RFP.

c) Princípio da igualdade e a neutralidade da decisão da apropriação dos juros como custo ou despesa

O teste do cumprimento das regras de subcapitalização estabelecido na Lei n. 12.249/2010 no momento da contratação do empréstimo (segunda abordagem), na situação em que os juros são apropriados como custo, também privilegia o princípio da igualdade e atua como um vetor de neutralidade para os contribuintes, que não se inclinariam entre optar por deduzir os juros como custo ou despesa somente pelo efeito fiscal, mas tomando a decisão adequada de acordo com o seu modelo de negócios.

Como ensina Humberto Ávila, o princípio da igualdade demanda a escolha de um critério de comparação que atenda a finalidade pretendida. Não basta, portanto, o alcance de uma igualdade descritiva, mas sim uma igualdade *prescritiva*, que permite comparar os sujeitos e saber se, efetivamente, estes devem ou não devem ser tratados igualmente³⁵. Para tanto, alguns elementos devem estar presentes, quais sejam: sujeitos, critério de comparação, elemento que indique o critério de comparação e a finalidade que se pretende alcançar, sendo a igualdade de uma relação entre tais elementos³⁶.

Luís Eduardo Schoueri deixa clara a distinção entre a identidade e a igualdade, sendo esta sempre relativa, justamente em decorrência da necessidade de escolha de um critério de comparação. A pergunta, como ensina o professor, deve ser: igualdade em relação a quê³⁷? Com base nisso, prega-se a eleição de um critério de comparação constitucionalmente justificado, percorrendo-se, para tanto, três etapas: primeiro, elege-se um critério; em seguida, busca-se fundamentação constitucional para o critério encontrado para, finalmente, comparar as situações a partir do critério eleito.

Além disso, o doutrinador também ensina que a justificativa adotada pela Constituição para a instituição de impostos³⁸, como também as contribuições³⁹,

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 341.

³⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 210.

³⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Algumas considerações sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico no sistema constitucional brasileiro. A contribuição ao Programa Universidade-

foi a capacidade contributiva. Por isso, somente diante de uma justificação específica para prestigiar outros valores constitucionais é que poderia o legislador estabelecer uma diferenciação de tratamento fiscal entre dois contribuintes; caso contrário, haveria um desrespeito ao princípio da capacidade contributiva ou, em outras palavras, à justificação constitucionalmente eleita para instituição de impostos e contribuições.

Com base nas considerações acima, temos o seguinte até aqui: em sendo o IRPJ e a CSL tributos em que o legislador constituinte elegeu a capacidade contributiva como justificativa para a sua instituição, qualquer tratamento distinto conferido a dois contribuintes pela lei fiscal deve ser respaldado por um critério constitucional eleito pelo legislador. Inexistindo tal critério, a norma violará o princípio da igualdade e, por consequência, a capacidade contributiva.

Cabe também trazer um terceiro elemento à discussão, que deriva do princípio da igualdade: a neutralidade. Todo sistema tributário ideal, como prega Stiglitz⁴⁰, deve, dentre outros elementos, evitar ineficiências alocativas e, consequentemente, representar ideais de neutralidade de tomada de decisões econômicas entre os diversos contribuintes.

Com isso não se quer dizer que a tributação não interfere sobre a economia. Pelo contrário, a própria existência de tributos já impacta as relações econômicas de formas diversas, com contribuintes buscando opções para a economia de tributos no mundo todo. Contudo, o que não pode ocorrer, diante do princípio da neutralidade, é que a norma fiscal submetta agentes econômicos, atuantes do mesmo mercado, a tratamentos fiscais diversos, sob pena de ofensa ao princípio da neutralidade⁴¹.

Com base nas lições doutrinárias apresentadas acima, temos, para a verificação do princípio da igualdade (e sua feição de neutralidade), o seguinte: (i) sujeitos (contribuintes submetidos às normas de subcapitalização e que podem optar por apropriar juros como custo de ativos), (ii) critério de comparação (pagamento de tributos com base na capacidade contributiva) e finalidade (verificação do cumprimento das normas de subcapitalização).

Diante de tudo isso, comparando-se os contribuintes que optam por deduzir os juros como despesa ou apropriá-los como custo, cabe pontuar que a segunda abordagem (teste das normas de subcapitalização no momento da contratação do empréstimo, em vez de no momento da dedução) privilegia o princípio da igualdade e, mais especificamente, a neutralidade, já que a qualificação dos juros como associados a empréstimos excessivos ou não excessivos passa a ser neutra em

-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 365.

⁴⁰ STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. *Economics of the Public Sector*. 4th edition. New York: W. W. Norton & Company, 2015, p. 511-512.

⁴¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 366.

relação à sua forma de apropriação, uma vez que em ambos os casos a verificação da proporção dívida *versus* capital próprio será realizada no mesmo momento.

Por outro lado, se a primeira abordagem fosse a correta, sempre que a pessoa jurídica observasse que os empréstimos seriam considerados excessivos diante da Lei n. 12.249/2010, optaria por apropriá-los como custo, deslocando o teste para o momento da realização do ativo correspondente. Com base nessa hipótese, admitiríamos que contribuintes submetidos à mesma norma estariam sujeitos a momentos diferentes de verificação do cumprimento às normas de subcapitalização, pois, enquanto aquele que opta por deduzir imediatamente os juros como despesa testaria o cumprimento da proporção prevista na Lei n. 12.249/2010 no mesmo momento (ou momento muito próximo) ao fechamento do contrato de dívida, o que opta por apropriar os juros como custo apenas testará as regras de subcapitalização vários anos depois, quando do início da realização do ativo.

Além disso, a primeira abordagem também abre portas a fraudes, pois o contribuinte poderá manipular o momento em que a dedutibilidade de uma despesa de depreciação será iniciada e, munido dessa informação, injetaria capital para o cumprimento das regras de subcapitalização, violando as finalidades da norma de subcapitalização.

Em outras palavras, determinar o teste do cumprimento da proporção dívida *versus* capital implica dizer que a norma fiscal passa a não interferir na decisão fiscal sobre deduzir os juros como despesa direta no resultado ou apropriá-los como custo, já que, independentemente de os empréstimos serem excessivos ou não excessivos, o contribuinte será submetido ao mesmo tratamento fiscal para verificação do cumprimento das normas prescritas na Lei n. 12.249/2010.

Além disso, a primeira abordagem também desrespeitaria o princípio da capacidade contributiva, já que diferenciaria os contribuintes com base em critério que não guarda relação com a capacidade contributiva, sem que qualquer outro valor constitucional tenha sido eleito para admitir tal diferenciação.

Portanto, em conjunto com a interpretação gramatical e teleológica, também sob a ótica do princípio da igualdade, neutralidade e capacidade contributiva, a segunda abordagem é mais consistente sob o ponto de vista jurídico-tributário, devendo as regras de subcapitalização, na hipótese em que a pessoa jurídica opta por apropriar os juros como custo de um ativo, testar o cumprimento das normas da Lei n. 12.249/2010 no momento da apropriação dos juros, nos exatos termos da lei em questão.

4.2. Casos práticos

Uma vez assumido que (i) as regras de subcapitalização são aplicáveis à hipótese na qual os juros são apropriados como custo e que, além disso, (ii) a verificação da proporção dívida \times capital próprio deve ser feita levando-se em consideração as variáveis do momento em que os juros são apropriados contabilmente, passamos a analisar alguns exemplos.

OYAMADA, Bruno Akio; LUZ, Victor Lyra Guimarães. Aspectos Controvertidos sobre as Regras de Subcapitalização após o Advento da Lei n. 12.973/2014: o Caso dos Juros Apropriados como Custo.

Revista Direito Tributário Atual n° 48. ano 39. p. 45-69. São Paulo: IBDT, 2° quadrimestre 2021.

4.2.1. Exemplo 01 – depreciação ou amortização do ativo

Considere que a sociedade “A”, ao adquirir um determinado ativo tangível ou intangível, tenha dispendido o valor de R\$ 100,00, e que, além disso, tenha incorrido em juros, associados a empréstimo contraído para aquisição do bem, no valor de R\$ 20,00, que foram apropriados como custo, conforme autoriza a legislação fiscal.

Caso o empréstimo para financiar a aquisição do ativo tenha se dado com uma parte relacionada residente no exterior que participe de seu capital social, a sociedade “A”, por ocasião da dedutibilidade das quotas de depreciação ou amortização do ativo correspondente, deverá verificar se todo o seu custo, formado também pelos juros no valor de R\$ 20,00, poderá ser deduzido via depreciação ou amortização na apuração do IRPJ e da CSLL.

Nessa hipótese, a companhia brasileira deverá verificar se os juros, no momento em que apropriados como custo, serão considerados pela legislação tributária como integral ou parcialmente dedutíveis, em razão do volume de empréstimo, bem como da participação do credor e do regime fiscal a que esse está submetido.

Caso se constate que os juros não são integralmente dedutíveis, então a sociedade “A” deverá considerar que parte do custo de aquisição associado ao ativo em questão não é dedutível. Assim, no período em que forem deduzidas as parcelas de depreciação ou amortização do ativo correspondente, deverão ser realizados ajustes na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

4.2.2. Exemplo 02 – alienação de ativo

Considere um segundo exemplo em que a sociedade “A”, ao construir uma propriedade para investimento, tenha dispendido o valor de R\$ 100,00, e que, além disso, tenha incorrido em juros, associados a empréstimo contraído para aquisição do bem, no valor de R\$ 20,00, que foram apropriados como custo, conforme autoriza a legislação fiscal.

Caso o empréstimo para financiar a aquisição do ativo tenha se dado com a sua controladora residente no exterior, a sociedade “A”, quando da alienação dessa propriedade para investimento, deverá verificar se todo o seu custo de aquisição, formado também pelos juros no valor de R\$ 20,00, poderá ser aproveitado como custo dedutível na apuração do ganho de capital.

Para tanto, a companhia brasileira, assim como no primeiro caso, deverá verificar se os juros, no momento em que apropriados como custo, serão considerados pela legislação tributária como integral ou parcialmente dedutíveis, em razão do volume de empréstimo, bem como da participação do credor e do regime fiscal a que esse está submetido.

Caso se constate que os juros não são integralmente dedutíveis, então a sociedade “A” deverá, ao apurar o ganho de capital na alienação da propriedade de

investimento, considerar que parte do seu custo de aquisição não poderá ser um redutor do ganho de capital, momento no qual deverá proceder ao ajuste fiscal, mediante adição ao lucro líquido, da parcela dos juros reputados indedutíveis pela legislação.

5. Conclusões

Como exposto, as regras de subcapitalização veiculadas pela Lei n. 12.249/2010 têm por objetivo impedir a distorção das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL em decorrência da dedução de juros associados a empréstimos com pessoas relacionadas ou sujeitas a uma tributação mais favorecida (JTF e RFP) que são considerados pelo legislador como excessivos.

Ainda, para definir o que seria um endividamento excessivo, a norma veicula limites de endividamento que, caso ultrapassados, restringem a dedutibilidade dos juros associados ao passivo financeiro, exigindo ajustes no lucro líquido contábil para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

No contexto das regras de subcapitalização, a permissão de que os juros associados a empréstimos componham o custo fiscal dos ativos pode levantar a dúvida sobre o momento correto de teste dos limites de endividamento veiculados pela legislação.

Nesse sentido, a nosso ver, duas interpretações podem surgir: (i) teste da proporção dívida \times capital próprio no momento do efeito fiscal (i.e., realização do ativo correspondente); ou (ii) teste da proporção dívida \times capital próprio no momento em que os juros são apropriados como custo.

Em nossa opinião, a segunda interpretação é a que deve prevalecer pelas seguintes razões:

- Ao utilizar o termo “apropriação” e não “dedução” para se referir ao momento de verificação dos limites de endividamento, a Lei n. 12.249/2010 parece ter se referido ao momento do registro contábil dos juros como custo ou despesa (interpretação gramatical);
- A finalidade das regras de subcapitalização é alcançada de forma mais eficiente quando se considera que a proporção dívida \times capital próprio deve ser apurada no momento do registro contábil dos juros como custo ou despesa, já que, ao se deslocar a análise para o momento do efeito fiscal, corre-se o risco, de um lado, de aceitar a dedutibilidade de juros associados a empréstimos excessivos e, de outro, de tornar indedutíveis juros associados a empréstimos não excessivos (interpretação teleológica);
- Privilegia o princípio da igualdade, uma vez que impede que contribuintes sejam diferenciados com base em critério que não guarda relação com a capacidade contributiva ou outro critério que guarde justificativa constitucional.

Referências bibliográficas

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BREALEY, Richard A.; MYERS, Stewart C.; ALLEN, Franklin. *Principles of corporate finance*. 10th edition. New York: McGraw-Hill Irwin, 2011.
- BLOUIN, Jennifer; HUIZINGA, Harry; LAEVEN, Luc; NICODÈME, Gaëtan. Thin capitalization rules and multinacional firm capital structure. *IMF Working Paper*, WP/14/12. International Monetary Fund, January 2014.
- BYOUN, Soku. Financial flexibility and capital structure decision. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1108850>.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. Reflexões sobre os princípios constitucionais aplicáveis às regras de subcapitalização brasileiras veiculadas pela MP 472/2009 e eficácia de sua conversão na Lei 12249/2010 para fins de IRPJ e CSLL. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 96. São Paulo, 2011.
- GELBCKE, Ernesto Rubens [et al]. *Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: jurista y lingüistas frente a frente. *Revistes Científiques Universitat d'Alacant*, 2000. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-interpretacion-litera-juristas-y-linguistas-frente-a-frente>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. Corporate income taxes and the cost of capital: a correction. *The American Economic Review* vol. 53, No. 3 (jun. 1963). Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=00028282%28196306%2953%3A3%3C433%3ACITATC%3E2.0.CO%3B2-G>.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga; DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro: questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. 15^o vol.
- NEDER, Marcos Vinicius. As despesas de juros em fase pré-operacional e a regulamentação pelo CPC nº 20 e pela Medida Provisória nº 627. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2014. vol. 5.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Subcapitalização no direito tributário brasileiro: repensando os seus desafios no direito interno e internacional. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT e Dialética, 2014.

- ROLIM, João Dácio; CAMPOS, Fabrício Costa Resende de. Juros, preços de transferência e regras de subcapitalização. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2013. 4º vol.
- SANTOS, Ramon Tomazela. As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 184. São Paulo: Dialética, mar. 2011.
- SANTOS, Ramon Tomazela. As regras tributárias de subcapitalização: entre a antielisão e o estímulo à capitalização societária. A influência das teorias econômicas (*trade-off* e *pecking-order*) na estrutura de capital das pessoas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 225. São Paulo: Dialética, jun. 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Algumas considerações sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico no sistema constitucional brasileiro. A contribuição ao Programa Universidade-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's length: beyond the guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation*, December 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 (versão digital).
- STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. *Economics of the Public Sector*. 4th edition. New York: W. W. Norton & Company, 2015.
- VICENTINI, Marcelo Fonseca. *Subcapitalização no direito tributário brasileiro*. Dissertação (Mestrado), Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2014.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.