

p
Dir. Trib. Atual E
n. 18
2004

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

18



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo - 2004

542058
Decálogo
LIVRARIA E EDITORA
decalogo@mandamentos.com.br
(31) 3226 7717-3274 2559
Rua Espírito Santo, 1.025-Loja-H - BH - MG
Temos um advogado junto ao Pol. Jesus Cristo, o Justo. (Jo2:1)

Subcapitalização de Empresas

Guilherme Cezaroti

Advogado em São Paulo. Mestrando em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Instituto de Pesquisas Tributárias - IPT.

I - Introdução

A *thin capitalization* ou subcapitalização de empresas, relacionada com o nível de endividamento da empresa junto aos seus sócios, é um tema que não tem atraído a atenção no Brasil, tendo em vista que a legislação tributária brasileira não estabelece um limite para o endividamento das empresas junto aos seus sócios, sendo, entretanto, de maior importância para o direito societário, em razão das maiores garantias que são oferecidas ao capital de alguns sócios, privilegiando-os em relação aos demais.

Uma empresa estará subcapitalizada quando seus débitos para com os sócios superarem o seu capital social, isto é, quando a proporção entre os débitos e o capital próprio indicar um endividamento excessivo da sociedade¹, de acordo com critérios que podem ser estabelecidos pelo ordenamento jurídico dos países.

A capitalização de uma empresa é o ato de constituir o capital financeiro no patrimônio da pessoa jurídica. Este capital financeiro é o montante de dinheiro que os sócios aportam na empresa quando da constituição desta, a fim de que ela possa financiar o início de suas atividades. Em um segundo momento, caso a empresa necessite de um volume maior de capital ou a capitalização inicial tenha sido insuficiente, necessitará buscar este capital junto a fontes externas, tais como instituições financeiras ou os próprios sócios ou acionistas, ou junto a fontes internas, como o lucro acumulado² no patrimônio.

Para o International Bureau of Fiscal Documentation - IBFD uma "sociedade é considerada como subcapitalizada (*thinly capitalized*) quando o seu capital é pequeno em relação ao seu passivo"³.

A subcapitalização da empresa não significa necessariamente que esteja ocorrendo uma distribuição disfarçada de lucros⁴, ou seja, não é obrigatoriamente uma conduta ilícita, tão-somente indica o aporte de capitais na sociedade mediante a contratação de empréstimos junto aos sócios e não por meio de aumento de capital social.

Diversas razões lícitas levam os sócios a optarem pela subcapitalização quando do aporte de capital em sua empresa:

- i) dedutibilidade dos juros como despesa financeira operacional, dedutível da base de cálculo do imposto de renda;

¹ Cf. CAMARGO, Estela L. Monteiro Soares de. "National Report - Brazil", *Cahiers de Droit Fiscal International*. Vol. LXXXIb - Internacional Aspects of thin Capitalization. Geneve: IFA, 1996. p. 367.

² O art. 199 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) veda conta de reserva de lucros com montante superior ao capital social, no caso de sociedades anônimas, com o objetivo de capitalizar estas sociedades.

³ *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD, 1990. p. 253.

⁴ Para um melhor estudo deste instituto, ver Brandão Machado. "Distribuição Disfarçada de Lucros no Direito Comparado", *Estudos Tributários em Homenagem a Rubens Gomes de Souza*. Coord. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. pp. 143/183.

- ii) maior simplicidade e flexibilidade tanto no ingresso quanto no reembolso do capital destinado à sociedade, na medida em que, no caso de empréstimo, esses procedimentos não dependem de formalidades de cunho societário;
- iii) não-alteração da participação percentual dos sócios/acionistas no capital social da sociedade e, em consequência, não-alteração do direito de voto de cada sócio/acionista;
- iv) redução dos custos operacionais do financiamento, na medida em que o empréstimo depende de menos formalidades e procedimentos que a capitalização propriamente dita.

Os sócios podem optar pela subcapitalização, ainda, para garantir a independência do rendimento em relação ao resultado da sociedade, para oferecer maiores garantias a um empréstimo ou simplesmente para obter uma economia fiscal.

A subcapitalização da empresa como meio de economia fiscal, evitando a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, ou reduzindo a base de cálculo do referido imposto, é uma atividade lícita (elusão fiscal), uma vez que o interesse tributário do Estado é limitado pelos termos da lei, ou seja, o contribuinte que opta pela subcapitalização de sua empresa poderá estar optando por uma alternativa menos onerosa fiscalmente.

A subcapitalização apresenta também algumas desvantagens, tais como:

- i) diminuição dos valores das ações ou quotas, em razão do maior endividamento da sociedade;
- ii) maior risco de apuração de prejuízos, em razão do maior pagamento de juros;
- iii) aumento do risco cambial, na medida em que o empréstimo pode ser feito em moeda do país de residência do sócio estrangeiro;
- iv) alteração do direito de participação dos sócios nos ganhos, em razão da alteração da proporção do capital empregado.

O empréstimo dos sócios para a sociedade pode ser realizado de forma direta, quando o mutuante é pessoa vinculada⁵, como pode ser realizado de modo indireto, quando o empréstimo é contraído mediante a interposição de pessoas ou sociedades intermediárias. O exemplo mais conhecido de financiamento indireto (*back-to-back loan*) é a concessão de empréstimo por uma instituição financeira a uma sociedade mediante o aumento das aplicações financeiras dos sócios na respectiva instituição⁶.

Quando os sócios optam por capitalizar a sociedade mediante aumento de capital, a remuneração do capital dos sócios será o dividendo, que é distribuído com base nos lucros auferidos pela sociedade, após a tributação dos lucros. Deste modo, aquele rendimento sofre a tributação normal incidente sobre a renda da sociedade, podendo haver a incidência sobre os lucros distribuídos (como há em alguns países, *v.g.*, a Alemanha), além da incidência do imposto de renda na fonte a ser suportado pelo beneficiário em seu país de residência (ressalvada a existência de acordo contra a bitributação), ocorrendo a dupla tributação sobre o rendimento distribuído.

⁵ O conceito de pessoa vinculada encontra-se previsto no art. 23 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

⁶ O caso de interposição fictícia de pessoa encontra-se previsto no art. 167, § 1º, do Código Civil, constituindo simulação relativa.

Por outro lado, caso os sócios optem por financiar a sociedade mediante empréstimos, a remuneração deste capital será o juro, que contabilmente é uma despesa financeira dedutível para fins fiscais, reduzindo o lucro tributável da empresa, bem como a sociedade não estará obrigada a reter o imposto de renda na fonte, ficando estes juros submetidos apenas à tributação do Estado de residência do sócio.

Logo, a opção pelo financiamento mediante a concessão de empréstimo do sócio para a sociedade pode gerar uma economia tributária em relação ao financiamento mediante aporte de capital, decorrente da dedutibilidade dos juros pagos.

II - A Subcapitalização no Direito Interno

No Brasil não há legislação (quer específica, quer de ordem geral) que regule ou limite, de qualquer forma, o endividamento das empresas.

O único dispositivo da legislação brasileira que poderia, indiretamente, limitar a dedutibilidade dos juros como despesa operacional, efeito da subcapitalização, seria o art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que limita a dedutibilidade de juros de empréstimos pagos a pessoas vinculadas no exterior à média da taxa *Libor*, calculada para depósitos em dólares por período de seis meses, acrescida de 3% ao ano (a título de *spread*), somente na hipótese de o contrato não ser registrado no Banco Central. Com isso, a elevação dos juros nos empréstimos realizados com pessoas vinculadas poderia ser desincentivada.

Entretanto, tal dispositivo legal não seria suficiente para impedir a subcapitalização, na medida em que não suprime totalmente a possibilidade de dedução dos juros pagos nos empréstimos a que se refere (entre pessoas vinculadas ou com pessoas residentes ou domiciliadas em país que não tribute a renda ou a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento).

A única limitação que se encontra no ordenamento brasileiro é aquela prevista no art. 60 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que veda a emissão de debêntures em montante superior ao capital social da companhia. Contudo, tratando-se de debêntures com garantia real, o limite legal pode ser excedido em até 80% dos bens gravados. No caso de debêntures com garantia flutuante, que assegura à debênture privilégio geral sobre o ativo, mas não impede a negociação dos bens que o compõem, o limite pode ser elevado em até 70% do valor contábil do ativo da companhia, diminuído do montante das suas dívidas garantidas por direitos reais. As debêntures subordinadas não estão sujeitas a limites porque têm preferência somente sobre o ativo remanescente, antes de pagas as ações.

III - O Regime Fiscal Brasileiro sobre o Pagamento de Dividendos e Juros

Considerando que um dos principais efeitos da subcapitalização das empresas, senão o principal, é a dedutibilidade dos juros como despesa operacional, diminuindo a base de cálculo do imposto de renda, bem como evitando a incidência do referido imposto sobre os dividendos, cumpre verificar na legislação brasileira qual o benefício tributário dos contribuintes, fazendo a opção pelo pagamento de dividendos ou de juros, caso este em que a empresa poderá estar subcapitalizada.

III.1 - Tratamento fiscal dos dividendos

Os dividendos distribuídos aos acionistas das empresas têm como base o lucro da sociedade, após a sua tributação pelo imposto de renda e da CSL. Quando da distribuição dos dividendos, não há nova incidência do imposto de renda sobre aquele que percebeu o rendimento (arts. 39, XXIX, e 383 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99).

III.2 - Tratamento fiscal dos juros

O art. 406 do Código Civil de 2002 estabelece que devem ser aplicados a todos os contratos celebrados entre pessoas físicas e/ou jurídicas os juros cobrados pela União Federal na cobrança de tributos em atraso, quando as partes não contratarem taxa de juros diversa. Se as partes resolverem fixar outra taxa de juros que não a taxa legal, deverão observar o limite estabelecido pelo art. 1º, *caput*, do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, isto é, o dobro da taxa legal (durante a vigência do art. 1.063 do Código Civil de 1916, esta taxa era de 12% ao ano)⁷.

Estes limites não se aplicam aos contratos celebrados por instituições financeiras, nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Quando o beneficiário dos juros pagos pela sociedade mútua for uma pessoa física, haverá a incidência do imposto de renda retido na fonte, à alíquota de 20%.

Sendo o beneficiário do pagamento de juros por parte da sociedade mútua uma outra pessoa jurídica submetida ao regime de lucro real, os juros não serão tributados na fonte, integrando a receita do beneficiário para apuração de eventual lucro tributável.

Os juros pagos a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil devem ser adicionados à base de cálculo do IRPJ (art. 219, parágrafo único, RIR/99) e da CSL, das pessoas jurídicas beneficiárias.

O regime geral do imposto de renda incidente sobre importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, por fonte situada no Brasil, a título de juros, comissões, descontos, despesas financeiras e assemelhadas, é de retenção na fonte, à alíquota de 15% (art. 702, RIR/99). Este regime é aplicável também aos casos de juros remetidos para o exterior, devidos em razão da compra de bens a prazo, ainda que o beneficiário seja o próprio vendedor.

Tratando-se de aplicação financeira de renda fixa, os residentes e os não-residentes são tributados pelo IRRF à alíquota de 20%⁸.

Os juros pagos pelas pessoas jurídicas constituem despesa financeira operacional, nos termos do art. 374 do RIR/99, sendo dedutíveis das respectivas receitas para apuração do lucro tributável⁹.

⁷ O art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional prevê que esta taxa deve ser de 1% ao mês. Contudo, a Fazenda Nacional aplica a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, que foi criada pelas Circulares 2.898 e 2.900, ambas de 1999, do Banco Central do Brasil, sendo que a sua aplicação foi prevista no art. 30 da Medida Provisória nº 2.176-79/2001.

⁸ Art. 28, § 9º, da Lei nº 9.532/97.

⁹ Nos termos do Parecer Normativo nº 138/75 da SRF, os juros abonados aos empréstimos e saldos credores de contas correntes de sócios, acionistas, dirigentes, administradores ou participantes dos lucros de pessoas jurídicas, desde que haja contrato escrito, com cláusula expressa.

III.3 - Tratamentos fiscal dos juros sobre capital próprio

O art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, ao estabelecer que “a pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos de apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração de capital próprio, calculado sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, *pro rata* dia, da taxa de juros a longo prazo - TJLP”, introduziu no Direito brasileiro um novo instituto, qual seja, um juro que não é referido à concessão de crédito.

Apesar do nome “juros sobre capital próprio”, este instituto não tem a natureza jurídica de juros, mas de dividendos, como demonstrado por Alberto Xavier¹⁰.

O conceito de juros pode ser buscado na própria Constituição Federal, que, em seu art. 192, § 3º, antes da revogação do dispositivo pela Emenda Constitucional nº 42/2003, tratava-os como remunerações direta ou indiretamente referida à concessão de crédito. Juros são remuneração de crédito de qualquer natureza, isto é, o montante que o devedor paga para poder utilizar os recursos do credor, sem que este sofra os riscos dos empreendimentos do tomador, tendo o rendimento por base o valor do capital emprestado.

Os dividendos decorrem da participação no capital social de uma sociedade, são uma parcela do lucro que corresponde a cada ação. Os sócios participam dos resultados da sociedade, através dos dividendos, em razão de aplicarem seus capitais em investimentos de riscos explorados pela sociedade.

Os juros sobre capital próprio são calculados sobre os lucros da sociedade, “computados antes da dedução dos juros, ou os lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados” (art. 9º, § 1º, Lei nº 9.249/95, com redação dada pelo art. 78 da Lei nº 9.430/96).

Ou seja, os juros sobre capital próprio são calculados sobre o patrimônio líquido da sociedade, que é a mesma fonte dos dividendos, que podem ser pagos “à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reservas de lucros”, nos termos do art. 201 da Lei nº 6.404/76, para remunerar o patrimônio dos sócios ou acionistas.

De acordo com o art. 178, § 2º, “b”, da Lei nº 6.404/76, os juros somente poderiam ser calculados sobre uma conta do passivo exigível, isto é, uma conta de passivo circulante exigível a longo prazo, e não sobre uma conta do patrimônio líquido.

Além disso, dispõe o art. 9º, § 7º, da Lei nº 9.249/95 que “o valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração de capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º”, ou seja, a legislação autoriza que o valor dos juros sobre capital próprio pode ser imputado ao dividendo obrigatório.

¹⁰ XAVIER, Alberto. “Natureza Jurídico-tributária dos ‘Juros sobre Capital Próprio’ face à Lei Interna e aos Tratados Internacionais”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 21, pp. 7/11. Em sentido diverso, Ricardo Mariz de Oliveira conclui que a natureza jurídica dos juros sobre capital próprio é de juros, em razão do regime jurídico a que se submete, “Juros de Remuneração de Capital Próprio”, *Direito Tributário Atual* nº 15. São Paulo: Dialética/Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBET, 1998. Alcides Jorge Costa (coord). pp. 114/115.

Logo, como definiu Alberto Xavier,

“o ‘juro sobre capital próprio’ outra coisa não é que um resultado distribuível da companhia sujeito a regime fiscal especial, resultado este suscetível de duas destinações alternativas: distribuição efetiva aos sócios ou capitalização (imediata, por via de aumento de capital, ou futura, por via de manutenção em reserva destinada a futuro aumento de capital). No primeiro caso, ocorre a figura do dividendo, regulada no art. 201 e seguintes da Lei das SA; no segundo, ocorre a figura do aumento de capital por capitalização de lucros ou reservas prevista no art. 169 da mesma lei.”¹¹

A partir da edição da Lei nº 9.249/96 os juros sobre capital próprio podem ser deduzidos na determinação do lucro real, observado o regime de competência.

IV - A Subcapitalização nos Acordos Internacionais contra a Bitributação

Por vezes, os contribuintes procuram aplicar a disciplina prevista para os dividendos existente nos acordos internacionais contra a bitributação, em vez de aplicarem a disciplina prevista para os juros, com objetivo de reduzir sua tributação.

Mas isto pode causar um problema, porque o Estado que tiver suas receitas fiscais reduzidas pode não se sentir vinculado à desqualificação adotada pelo Estado da fonte de juros pagos para dividendos, ou vice-versa, aplicando suas regras tributárias internas sem considerar a qualificação do Estado da fonte.

De acordo com os Comentários ao Modelo OCDE de Tratados para evitar a Dupla Tributação Internacional, quando a sociedade mutuante compartilhar os riscos da atividade da sociedade mutuária, a Convenção Modelo da OCDE autoriza que o pagamento de juros seja tributado como uma distribuição de dividendos, conforme a legislação do Estado da sociedade mutuante, acarretando a tributação na fonte destes “juros” (art. 10, § 2º), bem como sua inclusão nos lucros tributáveis da sociedade mutuante.

V - Subcapitalização e as Normas de Transfer Pricing

As regras de preços de transferência tratam do controle fiscal da fixação de preços de produtos ou serviços comercializados com pessoas vinculadas no exterior, acima ou abaixo daqueles que seriam fixados para pessoas não vinculadas.

Na subcapitalização de empresas há um aporte de capital dos sócios sob a forma de financiamento, que, em vez de gerar o pagamento de dividendos, gera o pagamento de juros, que são dedutíveis da base de cálculo do imposto de renda das empresas, bem como, regra geral, têm tributação menor que aquela incidente sobre a distribuição de lucros.

Assim, o ponto de intersecção entre a aplicação das normas de preços de transferência e de subcapitalização se dá quando houver a adoção de taxas de juros com percentuais distintos daqueles que seriam praticados por pessoas não vinculadas, em condições de livre concorrência, com aplicação do princípio *arm's length*, previsto no art. 9º, § 1º, da Convenção Modelo da OCDE.

¹¹ XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 8.

Detlev J. Piltz¹² aponta um eventual conflito entre a legislação interna daqueles países que estabelecem um coeficiente entre as dívidas contraídas e o capital social da sociedade com o art. 9º, § 1º, da Convenção Modelo da OCDE, naqueles casos em que o contribuinte conseguir demonstrar que a contratação do empréstimo observou o critério *arm's length*.

Vejamus a posição da OCDE, manifestada nos Comentários ao § 1º do art. 9º da Convenção Modelo:

“3. Conforme discutido no Relatório do Comitê de Assuntos Tributários sobre subcapitalização, há uma interação (efeito mútuo) entre tratados tributários e legislação doméstica sobre subcapitalização, relevante para o objetivo deste Artigo. O Comitê considerou que:

a) o Artigo não previne a aplicação de legislação doméstica sobre subcapitalização na medida em que seu efeito seja o de assemelhar o lucro de um mutuário com o montante correspondente aos lucros que teriam sido apurados em uma situação *arm's length*;

b) o Artigo é relevante não só para determinar se a taxa de juros estipulada em um contrato de mútuo é uma taxa *arm's length*, como também se um empréstimo *a priori* pode ser considerado um empréstimo ou se deve ser considerado como qualquer outro tipo de pagamento, em particular uma contribuição ao capital social;

c) a aplicação de regras destinadas a lidar com subcapitalização normalmente não deve ter o efeito de aumentar os lucros tributáveis de um determinado contribuinte além do lucro *arm's length*, nem o de estender para fins de aplicação de tratados de bitributação existentes.”¹³

Philip Baker, ao comentar este artigo, coloca que

“o parágrafo observa que as normas nacionais em subcapitalização são compatíveis com o Artigo da Convenção Modelo na medida em que busquem determinar os lucros *arm's length*, e que o Artigo é relevante não só para o nível de juros em um mútuo como também na correta caracterização de uma participação no capital como de um mútuo.”¹⁴

¹² PILTZ, Detlev J. “General Report: International Aspects of thin Capitalization”. *Cahiers de Droit Fiscal International*. Vol. LXXXIb. The Netherlands: Kluwer, 1996. p. 129.

¹³ Tradução livre de: “3. As discussed in the Committee on Fiscal Affairs' Report on Thin capitalization, there is an interplay between tax treaties and domestic rules on thin capitalization relevant to the scope of the Article. The Committee considers that:

a) the Article does not prevent the application of national rules on thin capitalization insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm's length situation;

b) the Article is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm's length rate, but also whether a prima facie loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital;

c) the application of rules designed to deal with thin capitalization should normally not have the effect of increasing the taxable profits of the relevant domestic enterprise to more than the arm's length profit, and that this principle should be followed in applying existing tax treaties.” (BAKER, Philip. *Double Taxation Convention*. London: Sweet & Maxwell, 2002. pp. 9-3)

¹⁴ Tradução livre de: “the paragraph notes that the national rules on thin capitalization are compatible with the Model Article insofar as they seek to determine the arm's length profit, and that the Article is relevant not only to the level of interest on a loan but also the correct characterisation of a contribution of capital as a loan”. (BAKER, Philip. *Op. cit.*, pp. 9-2/3)

Se o único ponto de intersecção entre a legislação a respeito da subcapitalização e os preços de transferência é a contratação de empréstimos por taxas superiores ou inferiores àquelas que seriam contratadas por pessoas não vinculadas, em condições de livre concorrência, parece-nos que o art. 9º da Convenção Modelo da OCDE não interfere na legislação doméstica a respeito da subcapitalização¹⁵.

Apenas a Bélgica e a França deixam de aplicar sua legislação interna quando da aplicação do princípio *arm's length*¹⁶. Os demais países-membros da OCDE aplicam normalmente sua legislação interna relativa a subcapitalização de empresas, ainda que se trate de empréstimos contraídos junto a sociedades vinculadas.

O art. 11 da Convenção Modelo da OCDE, tratando dos juros entre pessoas coligadas, prevê, em seu § 6º, a aplicação do princípio *arm's length* aos juros, determinando que, se em consequência de relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efetivo, ou entre ambos e terceiros, o montante dos juros, tendo em conta o crédito pelo qual são pagos, exceder o que teria sido acordado entre o devedor e o credor na ausência de tais relações, o disposto no artigo se aplica somente ao último montante.

Com isto, temos que ao montante de juros pagos pelo mutuário que estiverem dentro dos limites legais para não caracterizar a subcapitalização podem ser aplicadas as regras dos preços de transferência, e ao montante de juros que forem superiores aos limites legais aplica-se as regras da subcapitalização.

Neste caso, a parte excedente dos pagamentos é tributável nos termos da legislação de cada país contratante, observadas as demais disposições da convenção. Ou seja, o país da fonte dos juros poderá não permitir a dedução dos juros excessivos, bem como o beneficiário irá sofrer uma retenção na fonte.

Os países que possuem em sua legislação regras contra a subcapitalização das empresas podem tratar os juros como dividendos, tornando estes rendimentos indedutíveis do lucro do mutuário, bem como aumentando o capital deste, o que acarretará um eventual incremento do imposto sobre patrimônio.

V.1 - A aplicação do princípio *arm's length*

De acordo com o princípio *arm's length*, os empréstimos efetuados entre partes relacionadas devem ser remunerados por taxas de juros que teriam sido cobrados em circunstâncias similares, em uma transação entre partes independentes.

Esta taxa de juros *arm's length* pode ser definida como aquela cobrada na época da contratação do mútuo, em transações entre partes relacionadas em circunstâncias similares. Aplicando-se este princípio, a taxa deve ser determinada de acordo com as condições vigentes no mercado financeiro para empréstimos semelhantes, tendo em vista os valores, o vencimento, a modalidade de empréstimo (crédito comercial, capital de giro, crédito hipotecário, etc.), o risco cambial do mutuante e do mutuário e a situação creditícia do mutuário.

A ausência de definição sobre se estes dados devem ser buscados no Estado do mutuante ou do mutuário justifica-se pela miríade de condições que podem influenciar cada empréstimo, tais como a dificuldade de tomada de empréstimos

¹⁵ Cf. MICHIELSE, Geerten M.M. "Treaty Aspects of thin Capitalization", *Bulletin of International Bureau of Fiscal Documentation*, vol. 51, nº 12, 1997. p. 568.

¹⁶ PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 129.

no exterior, a existência ou não de vínculos com empresas situadas no exterior, a presença de financiamentos externos para a importação de bens, etc., fazendo com que a taxa *arm's length* deva ser buscada em cada situação.

A legislação italiana (art. 5º da Lei nº 725, de 23 de dezembro de 1994) impôs limites mínimos aos juros cobrados, estabelecendo como parâmetro a taxa média de desconto no período fiscal, que é apurada no mercado.

Na legislação francesa são estabelecidas como parâmetros as taxas médias aplicadas pelo Banco da França ou os juros pagos por empresários franceses independentes tomados de mutuantes independentes, podendo o contribuinte comprovar a razão de ter recebido empréstimo com taxas menores do que aquelas aplicadas pelo mercado.

VI - O Tratamento dos Juros e dos Dividendos nos Acordos contra a Bitributação Celebrados pelo Brasil

Nos acordos contra a bitributação celebrados pelo Brasil com a Alemanha, Argentina, Áustria, Coréia do Sul, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, Índia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Suécia e Repúblicas Tcheca e Eslovaca, os juros são conceituados de modo descritivo, como “rendimentos da dívida pública, de títulos ou debêntures, acompanhados ou não de garantia hipotecária ou de cláusula de participação nos lucros, e de créditos de qualquer natureza, bem como qualquer outro rendimento que pela legislação tributária do Estado contratante de que provenham seja assemelhado aos rendimentos de importâncias emprestadas”, ou seja, são caracterizados como remuneração de créditos de qualquer natureza.

A redação dos acordos firmados com a Bélgica, Canadá, China, Chile, França, Hungria, Japão, Noruega e Portugal, ainda que não seja igual, é bastante semelhante.

Esta remissão para a legislação interna do Estado da fonte tem como função esclarecer eventuais dúvidas quanto à aplicação deste preceito às comissões (expressamente previstas na Convenção com o Canadá, Itália, Luxemburgo, Noruega e Países Baixos), despesas, descontos, deságios, anuidades, bonificações, prêmios e outros produtos de empréstimos que a legislação brasileira equipara aos juros (art. 100 do Decreto-lei nº 5.844/43, art. 77 da Lei nº 3.458/70 e art. 28 da Lei nº 9.249/95).

Apenas o convenção celebrada com a China não possui esta cláusula de remissão para a legislação interna (art. 11, § 4º)¹⁷.

Já os dividendos, seguindo o art. 10 da Convenção Modelo da OCDE de 1963, são conceituados como rendimento de participação no capital, ou seja, como rendimentos provenientes de ações ou outros direitos de participação nos lucros, bem como outros assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação interna do Estado de residência da sociedade que os distribuir, com exceção dos créditos.

Os rendimentos de certificados de fundos de investimento são equiparados aos dividendos nos acordos contra a bitributação celebrados com a Alemanha, Argentina, Canadá, Equador, Filipinas, Hungria e Itália. Já as bonificações são expressamente excluídas do conceito de dividendos nos acordos celebrados com a Alemanha, Canadá, Dinamarca, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos e

¹⁷ Decreto nº 762, de 19 de fevereiro de 1993.

Tchecoslováquia. Ressalte-se que, na convenção celebrada com a China, são considerados dividendos “quaisquer lucros de negócios, bem como os lucros obtidos por um estabelecimento permanente”.

O termo dividendos, nestes acordos de bitributação, possui um significado mais amplo que na legislação interna brasileira, onde tem a acepção restrita de rendimento das sociedades anônimas, abrangendo também os lucros das sociedades em comandita por ações e por sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

VII - O Tratamento dos Juros sobre Capital Próprio nos Acordos de Bitributação Celebrados pelo Brasil

Os juros sobre capital próprio, conforme demonstrado anteriormente, têm a natureza jurídica de dividendos, podendo ser distribuídos aos sócios da empresa ou utilizados para aumento do capital social.

Tendo em vista sua natureza de dividendos, os juros sobre capital próprio podem ser tributados pelo Brasil à uma alíquota média de 15% (12,5% quando se tratar do Japão e a alíquota interna quando se tratar da Argentina), quando o beneficiário for não residente.

Esta qualificação dos juros sobre capital próprio como dividendo deve vincular o Estado de residência do beneficiário, que deverá aplicar a estas remunerações o tratamento convencional que se aplica aos dividendos e não aos juros, uma vez que a natureza jurídica destes juros, no ordenamento brasileiro, é de dividendo.

VIII - A Reclassificação dos Rendimentos e a Competência para tributá-los

As regras a respeito da subcapitalização de empresas limitam seus efeitos a não permitir a dedutibilidade dos juros, o que não é tratado pela Convenção Modelo da OCDE.

Contudo, quando o Estado da fonte dos rendimentos desqualifica os rendimentos como “juros” e os qualifica como “dividendos”, no controle da subcapitalização de empresas, o faz também com eficácia para os tratados? Deve o país de residência do sócio ser obrigado a aceitar a reclassificação feita pelo país da fonte do rendimento, como sugere a Resolução nº 2 sobre os aspectos internacionais da subcapitalização, adotada pelo 50º Congresso da IFA¹⁸?

Juros e dividendos podem ser definidos pelo legislador interno de cada país da maneira que melhor lhes convier, sendo conceitos de direito positivo interno de cada legislação.

Os juros são caracterizados como remuneração de créditos de qualquer natureza, como compensação pelo uso do dinheiro, e os dividendos como rendimentos de participação no capital. Mas isto somente não é suficiente para caracterizar determinado rendimento como “juro” ou “dividendo”.

Nos Comentários aos artigos da Convenção Modelo, a OCDE expôs que “25. O art. 10 não se refere só aos dividendos propriamente ditos, mas também aos juros de empréstimos, na medida em que o mutuante comparti-

¹⁸ “Internacional Fiscal Association. Resolución sobre el Tema 2: Aspectos internacionales de la subcapitalización”. Resolução do 50º Congresso da IFA, *in Resenha da Associação Brasileira de Direito Financeiro*. 4º trimestre, 1996. p. 95.

lhe efetivamente os riscos da sociedade, isto é, quando o reembolso depende, em grande medida, do êxito da empresa. Assim, pois, os arts. 10 e 11 não impedem a equivalência deste tipo de juros a dividendos, na aplicação das regras nacionais do país do mutuante relativas à subcapitalização. O problema consiste em saber se o mutuante compartilha os riscos da empresa, o que deve ser apreciado em cada caso particular, tomando em conta o conjunto de circunstâncias, como as seguintes:

- i) o credor participa dos lucros da sociedade;
- ii) o reembolso do empréstimo está subordinado ao reembolso das despesas contraídas com outros credores ao pagamento de dividendos;
- iii) o nível ou o pagamento de juros dependerá dos lucros da sociedade;
- iv) o contrato de empréstimo não compreende nenhuma cláusula fixa que disponha sobre o reembolso em um prazo determinado.”

Nestas hipóteses temos claramente que a sociedade mutuária está distribuindo lucros e não pagando empréstimos, porque o pagamento dos juros do mútuo estão subordinados ao pagamento de dívidas junto aos demais credores ou dependem da apuração de lucro pela sociedade mutuária.

Os dividendos procedentes de obrigações conversíveis, enquanto as obrigações não tenham sido efetivamente convertidas em ações, bem como os juros procedentes de obrigações acompanhadas de um direito de participação nos lucros devem ser considerados como “juros”. Tal não ocorreria se os mutuantes participassem do risco das empresas mutuárias.

De acordo com Heleno Tórres, somente a Grã-Bretanha e a Irlanda entendem que os acordos proíbem a conversão de juros vinculados à subcapitalização de empresas, enquanto a maioria dos países entende que a definição de juros e dividendos dada pelos acordos não impede a conversão dos juros em rendimentos, na medida em que o Estado é livre para qualificar os rendimentos¹⁹.

Quando o Estado da fonte dos rendimentos converter os juros em rendimentos, o Estado de residência do mutuante pode não aceitar esta conversão e tributar os rendimentos como juros. Ao aplicador da lei nacional é irrelevante o tratamento tributário conferido por um país estrangeiro, bastando-lhe saber se a lei nacional contempla aquela situação concreta e, em caso afirmativo, qual a tributação que se pretende exigir, bem como se existe acordo de bitributação limitando a pretensão tributária.

Do ponto de vista do Estado de residência do mutuante, o Estado da fonte não deveria ter cobrado imposto sobre dividendos, o que lhe faculta não imputar ou imputar parcialmente o imposto retido na fonte.

Esta conversão dos “juros” em “dividendos” acarretará a bitributação do rendimento, ainda que o Estado da fonte e o Estado de residência do mutuante tenham celebrado um acordo contra a bitributação.

IX - A Não-discriminação dos Rendimentos

O art. 24, § 4º, da Convenção Modelo da OCDE determina que os rendimentos pagos por uma empresa a um residente em outro Estado, com fim à determi-

¹⁹ TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: RT, 2001. p. 535.

nação dos lucros tributáveis de tal empresa no Estado da fonte, tenham o mesmo tratamento como se tivessem sido pagos a um residente do primeiro Estado contratante.

Por este dispositivo, os Estados contratantes assumem o compromisso de não tratar de modo desigual o residente e o não-residente, aplicando-se aos dois os mesmos vetores da legislação tributária.

Os Comentários da OCDE ao Modelo reconhecem que:

“56. O § 4º não proíbe ao país de mutuante equiparar os juros a dividendos, em virtude de suas regulamentações nacionais sobre a subcapitalização, na medida em que estas sejam compatíveis com o § 1º do art. 9º ou o § 6º do art. 11. Contudo, se este regime resulta de regulamentações que não são compatíveis com tais artigos e que só se aplicam aos credores não residentes (com exclusão dos credores residentes), a aplicação deste regime fica proibida pelo § 4º.”

Registra Heleno Tórres que poucos países adotam o regime de controle para os residentes (Alemanha e Estados Unidos) e que os demais não vêm qualquer empecilho em aplicar o controle somente para os não-residentes²⁰.

X - Subcapitalização no Direito Comparado

Regra geral, os Estados que possuem legislação tratando especificamente da subcapitalização estabelecem um coeficiente aplicável sobre o capital de empresa, acima do qual o empréstimo será identificado como capital próprio. Aplica-se um coeficiente fixo de proporção entre recursos alheios e capital próprio, a fim de aplicar determinado tratamento aos rendimentos, como empréstimo ou financiamento com aporte de capital.

Este critério oferece como vantagem a objetividade, isto é, basta a aplicação do coeficiente para que mutuante e mutuário saibam como serão tributados os rendimentos decorrentes das operações de empréstimo. Os acionistas da mutuária saberão até que ponto os juros pagos serão dedutíveis como despesas.

Vejamos o coeficiente adotado por alguns países:

País	coeficiente
França	1:1,5
Estados Unidos	1:1,5
Japão	1:3
Espanha	1:3
Canadá	1:3

A adoção do coeficiente pode se dar, ainda, somente para o acionista que possuir determinada participação no capital da sociedade mutuária, que é a chamada participação relevante. Vejamos alguns exemplos:

²⁰ TÓRRES, Heleno. *Op. cit.*, p. 536.

País	Participação relevante
França	50% do capital social
Estados Unidos	50% do capital social
Japão	50% do capital social
Espanha	25% das ações com direito a voto
Canadá	25% das ações com direito a voto

O coeficiente de endividamento pode ser adotado, ainda, relativamente a cada acionista individualmente ou a um grupo de acionistas não residentes. Portugal aplica este coeficiente individualmente, isto é, relativamente à participação daquele sócio não residente que está emprestando capital, independentemente do endividamento global da mutuária. Espanha e Canadá adotam o total de endividamento da sociedade com o conjunto de sócios não residentes, enquanto o Japão adota os dois sistemas, isto é, não só controla o endividamento em relação aos sócios não residentes, mas também em relação a cada sócio individualmente, e somente quando as duas condições são preenchidas é que a legislação contra a subcapitalização é aplicada.

Outros países adotam, ainda, o tempo de permanência da quantia mutuada no capital da mutuária, o que pode ser evitado com o aporte de capital próprio dos sócios pouco antes da data da referência. Para evitar este tipo de medida por parte dos contribuintes, a Austrália considera somente aquele capital próprio que permanecer na sociedade por mais de dois anos.

Alguns países, como o Canadá, os Estados Unidos e o Japão, também aplicam as regras da subcapitalização ao financiamento indireto, isto é, feito por meio de pessoas ou entidades residentes intermediárias (*back-to-back loan*).

Os Estados Unidos, juntamente com o coeficiente entre o capital de terceiros e o capital próprio, adotam critérios subjetivos, tais como a participação do credor na administração da sociedade devedora, sendo que a Grã-Bretanha adotam exclusivamente critérios subjetivos.

Tendo em vista que na Grã-Bretanha os dividendos não sofrem tributação na fonte, o interesse na aplicação das regras de subcapitalização de empresas restringe-se a limitação da dedutibilidade dos juros²¹.

X.1 - Espanha

A legislação espanhola estabeleceu uma razão entre capital próprio e empréstimo de 1:3 (art. 20 da Lei de Imposto de Sociedades), ou seja, uma sociedade espanhola que contrair empréstimos até o limite de três vezes o seu capital irá pagar rendimentos qualificados como juros, acima deste limite os rendimentos pagos serão qualificados como rendimentos. As regras para evitar a subcapitalização de empresas aplicam-se tão-somente quando sociedades espanholas contraem empréstimos com acionistas ou sociedades não residentes.

²¹ DRIZEN, Nick. "Thin Capitalisation - the Potent Tax Raising Tool", *Tax Planning International: Transfer Pricing*. Vol. 3, n. 8. London: BNA International Inc. agosto de 2002. p. 21.

Esta regra de subcapitalização não se aplica aos casos em que a sociedade mutuária espanhola recebe empréstimo de uma sociedade mutuante estrangeira, sendo este empréstimo garantido por uma sociedade estrangeira vinculada à sociedade mutuária, ou seja, a legislação espanhola não aplica as regras de subcapitalização aos casos de financiamento indireto.

A subcapitalização da sociedade mutuária que tiver contraído empréstimos superiores a três vezes o seu capital social é uma presunção de direito, isto é, que não admite prova em contrário, ressalvados os casos em que a legislação específica determina outra relação entre recursos próprios e de terceiros, como, *v.g.*, para as instituições financeiras e sociedades seguradoras.

A legislação espanhola possibilita aos contribuintes requererem junto a Dirección General de Tributos uma taxa de endividamento maior que aquela já prevista, quando o sócio ou acionista for residente do país com o qual a Espanha tenha acordo contra a bitributação com cláusula de reciprocidade de tratamento, e desde que comprove que poderia obter o mesmo financiamento em condições de mercado com pessoas não vinculadas²².

Relativamente aos juros contratados em empréstimo contraído por sociedade espanhola junto a empresas associadas, deverão observar o princípio *arm's length*, ainda que a legislação espanhola sobre ativos financeiros estabeleça juros mínimos.

Após criticar a aplicação automática do coeficiente de endividamento, afirmando que somente aqueles contratos que caracterizam um aporte oculto de capital devem ser submetidos às regras da subcapitalização de empresas, Tulio Rosembuj afirma que a Administração Tributária deve levar em conta alguns critérios para diferenciar a dívida do aporte oculto de capital, quais sejam:

- i) se o mutuário tem uma relação dívida/capital alta antes ou depois da concessão do financiamento;
- ii) se o financiamento tem como objetivo financiar necessidades de longo prazo do mutuário;
- iii) a proporcionalidade entre o valor emprestado e a participação do mutuante;
- iv) se o empréstimo é destinado a resgatar fundos perdidos;
- v) se o empréstimo será amortizado com benefícios, conversíveis em ações;
- vi) se os juros excedem o montante que se pactua no mercado entre empresas independentes;
- vii) se a amortização do capital emprestado tem prazo definido;
- viii) se existe previsão contratual para devolução do valor emprestado²³.

A alíquota do imposto de renda (impuesto sobre sociedades) incidente sobre os dividendos é de 25%, sendo que as alíquotas variam de 5% a 15% em relação aos residentes em países com os quais a Espanha possui acordo contra a bitributação (Brasil - 15%).

A alíquota do imposto de renda incidente sobre os juros é de 25% para os residentes em países com os quais a Espanha não firmou acordos contra a bitribu-

²² Cf. ROSEMBUJ, Tulio. *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Instituto de Fiscalidad Internacional/Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998. p. 38.

²³ Cf. ROSEMBUJ, Tulio. *Op. cit.*, p. 45.

tação e varia de 0% a 15% para os residentes em países com os quais a Espanha firmou estes acordos (Brasil - 15% - regra geral; 10% para os juros de empréstimos concedidos por instituições financeiras, pelo prazo mínimo de 10 anos, para o financiamento da aquisição de equipamentos).

X.2 - *Estados Unidos*

A legislação norte-americana, além do critério objetivo, que é a existência de uma relação entre o capital de terceiros, obtido mediante empréstimos, e o capital próprio, obtido mediante a subscrição de ações (1:1,5), adota alguns critérios subjetivos.

A jurisprudência da Corte de Apelação da 3ª Circunscrição Federal destaca alguns destes critérios subjetivos, que devem ser analisados conjuntamente com o critério objetivo, a fim de caracterizar a subcapitalização de uma empresa:

- i) a intenção das partes;
- ii) a identidade entre credores e acionistas;
- iii) a extensão da participação do credor na administração da sociedade mutuária (a capacidade de um acionista, tendo menos de 50% do capital social da mutuária de influenciar na tomada de decisões desta sociedade);
- iv) a capacidade da sociedade mutuária de obter fundos de outras fontes (a maior ou menor dificuldade da mutuária obter financiamentos de outras fontes, levando em conta o endividamento médio de seu setor; a sua liquidez, etc.);
- v) o risco envolvido;
- vi) a relação deste empréstimo com as obrigações contraídas junto a outros credores com relação ao pagamento dos juros e do principal (se o financiamento contraído junto ao acionista somente for pago após a liquidação de todos os demais empréstimos, estamos diante de um caso de distribuição de lucros);
- vii) a existência de cláusula fixando a taxa de juros do financiamento;
- viii) a previsão de data para a quitação por parte da sociedade mutuária.

Simplificando esta relação, o Internal Revenue Service (IRS) deve analisar uma série de fatores, tais como a data de vencimento do empréstimo, as soluções para o inadimplemento do mutuário, a garantia do pagamento do empréstimo, eventual participação nos lucros e prejuízos, a capacidade de influenciar na administração do mutuário, a forma usada pelas partes, conjuntamente.

A interdependência e a residência das partes não são consideradas relevantes para caracterizar a capitalização disfarçada da sociedade mutuária²⁴.

As regras da subcapitalização de empresas aplicam-se relativamente a todos os sócios da sociedade mutuária, ainda que sejam residentes nos Estados Unidos, sendo necessário que o acionista detenha, pelo menos, metade do capital social da sociedade mutuária.

O IRS pode aplicar a legislação de subcapitalização aos casos de financiamento indireto, inclusive nos casos de prestação de garantia por empresa associada,

²⁴ ENGLE, Howard S. & RAINERI, Walter T. "Report of United States: Internacional Aspects of thin Capitalization". *Cahiers de Droit Fiscal International*. Vol. LXXXIb. The Netherlands: Kluwer, 1996. p. 785.

ainda que não haja expressa previsão na legislação tributária, tendo em vista que este órgão tem poderes para fazer a análise caso a caso.

Destaca-se que a sociedade mútua tem a faculdade de considerar como despesas dedutíveis, em um primeiro ano, somente os juros a serem pagos que respeitem o coeficiente de endividamento da sociedade, com o objetivo de evitar a aplicação das regras de subcapitalização. Desta forma, o restante dos juros serão considerados como despesas dedutíveis nos exercícios seguintes, respeitando o coeficiente de endividamento ou limitando o valor líquido dos juros a menos da metade da renda tributável.

A alíquota do imposto de renda incidente sobre os dividendos e os juros é de 30% somente para os não-residentes, podendo ser reduzida nos termos de eventuais acordos contra a bitributação.

XI - Conclusão

Para identificar as reais vantagens fiscais da subcapitalização de uma empresa é necessário considerar o tratamento tributário dado aos juros e dividendos, tanto na empresa como nos sócios. É necessário quantificar a carga tributária total a que estão submetidos os juros e os dividendos, tanto no país da empresa como no de eventuais sócios estrangeiros.

Sendo a subcapitalização um meio lícito de economia fiscal, as autoridades tributárias devem procurar adequar a legislação de seus países no intuito de evitar a existência de “tributos de bobos”, isto é, tributos que somente serão pagos por aqueles que não planejam suas atividades.

Contudo, a adoção de mecanismos como o coeficiente de endividamento e a presunção *iuris et de iure* pode descaracterizar a base impositiva do imposto de renda e do imposto sobre patrimônio, onde este existir, afetando empresas que se financiaram em condições normais de mercado, bem como alterar, indiretamente, as legislações civil e comercial.

Assim, quando a Administração Tributária pretender reclassificar um rendimento, em razão da subcapitalização de uma sociedade, deve analisar conjuntamente quatro fatores, com o objetivo de saber se um rendimento é juro ou dividendo:

- i) a capacidade do mutuário de obter financiamento de outras fontes que não os sócios, em condições de mercado;
- ii) a capacidade do mutuário de quitar o empréstimo contraído;
- iii) a verossimilhança das operações; e
- iv) o relacionamento existente entre credor e devedor.

Após a análise conjunta destes fatores, e facultado ao contribuinte comprovar que seu endividamento não é excessivo, ainda que exceda eventual coeficiente de endividamento fixado por lei, deve a Administração Tributária limitar-se a considerar como dividendo apenas o rendimento do financiamento que considere excessivo, quando entender que o procedimento adotado não se coaduna com a legislação em vigor.