

# Um Estudo Constitucional sobre as Normas Tributárias de Subcapitalização de Sociedades Empresárias

## *A Constitutional Analysis of the Thin Capitalization Rule*

Clara Gomes Moreira

*Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo e no Rio de Janeiro. E-mail: claramoreira@usp.br.*

### *Resumo*

A subcapitalização ocorre quando o capital social é insuficiente à consecução do objeto social de determinada pessoa jurídica. Não existe no ordenamento pátrio qualquer previsão legal que proíba a celebração de contrato de financiamento entre a pessoa jurídica e o seu sócio ou acionista; nem que institua um capital social mínimo à sociedade empresária. Com estas considerações, questiona-se sobre a extensão das normas de subcapitalização tributárias nacionais (artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010) e a natureza jurídica antielisiva específica destas regras, além de propor-se um estudo constitucional das mesmas à luz da regra de competência e da proporcionalidade.

*Palavras-chave:* subcapitalização, extensão, meio, proibição, fim, norma antielisiva, regra de competência, proporcionalidade.

### *Abstract*

The thin capitalization occurs when the social capital is insufficient to achieve the corporate purpose of the entity. There is no legal provision in the national Law prohibiting the conclusion of a financing contract between the legal entity and its partner or shareholder; or to set up a minimum social capital to a business company. With these considerations, we question about the extension of the national thin capitalization rules (Articles 24 and 25 Law nº 12,249/2010) and the legal nature of these specific anti-avoidance rules, furthermore we propose a constitutional study of these rules according to the competence rule and the proportionality.

*Keywords:* Thin capitalization, extension, mean, prohibition, end, anti-avoidance rule, competence rule, proportionality.

## **1. Introdução**

### *1.1. Justificativa: breve crítica ao estudo das normas tributárias de subcapitalização*

Alguns estudos já foram desenvolvidos, no País, sobre as normas tributárias de subcapitalização (“normas de subcapitalização”). Propõe-se, neste artigo, uma crítica àquilo que se pôde encontrar sobre a temática. Apresentam-se, ao fim, à luz das normas constitucionais, a natureza jurídica do instituto e a sua (des)con-

formidade com a regra de competência para a instituição do imposto sobre a renda (IR), além do exame de proporcionalidade.

Antes que se inicie este estudo, expõem-se, provisoriamente, o conceito de “subcapitalização” e o tratamento que lhe é dispensado pelas normas tributárias.

*Diz-se que uma sociedade empresária é subcapitalizada, para fins tributários, quando há um descompasso entre os valores devidos à sociedade a título de constituição do seu capital social e aqueles aportados à mesma em razão de financiamento celebrado com pessoa física ou jurídica vinculada residente ou domiciliada no exterior.*

Por assim dizer, destacam-se os seguintes elementos desta definição: (i) o descompasso de valores; (ii) a vinculação da pessoa física ou jurídica à sociedade; e (iii) o elemento de estraneidade.

A matéria é objeto dos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 (conversão da Medida Provisória nº 472/2009 (MP nº 472/2009)), regulamentados pela Instrução Normativa da SRFB nº 1.154/2011 (IN SRFB nº 1.154/2011). Em linhas gerais, estes dispositivos determinam a indedutibilidade dos juros excessivos decorrentes de endividamentos cuja proporção em relação ao patrimônio líquido exceda, como regra, a relação de 2:1.

*Destarte, estas normas se caracterizam pela finalidade antielisiva, na medida em que instituem uma proibição que visa a direcionar o comportamento de seus destinatários, coibir este “planejamento tributário abusivo” e evitar a erosão da base de cálculo do tributo.*

Com estas considerações, volta-se aos estudos desenvolvidos sobre as normas de subcapitalização. Neste entender, esses padecem de vícios quanto à delimitação da natureza jurídica e da finalidade destas normas.

Vislumbam-se três formas de tratamento desta temática.

i) Em um primeiro grupo, há os alheios a ela. Isto porque não há uma preocupação em esmiuçar a “razão de ser” da regra, em decorrência do enfoque dado ao objeto ou mesmo pelo objetivo do estudo. Neste grupo, também se incluem aqueles que se limitam a fazer considerações sobre o gênero “normas de subcapitalização”, adotadas nos diversos ordenamentos jurídicos, sem se atentar para as peculiaridades brasileiras.

ii) Em um segundo grupo estão aqueles que, apesar da preocupação com a funcionalidade da norma, incorrem em imprecisões terminológicas. Em verdade, distinções fundamentais precisam ser realizadas. Criticam-se, destarte, as qualificações das normas de subcapitalização como “ficções” ou “presunções”, que ensejam a “ineficácia do negócio jurídico” ou a “desconsideração da personalidade jurídica”.

iii) Por fim, o terceiro grupo nega a mencionada finalidade antielisiva, assumindo como premissa a possibilidade de o legislador ordinário conceituar a renda e, por conseguinte, determinar a indedutibilidade de certas despesas. Deste modo, os juros excessivos são despesas desnecessárias “à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora”.

Este último entendimento firmou-se vencedor na Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), quando do julgamento do Acórdão nº 9101-00.287 (Caso Colgate-Palmolive). No entanto, essa decisão não parece acertada, principalmente, caso se considerem a distorção nas definições de “despesa necessária” e “ren-

da”, o nível de ingerência na administração da empresa e a instituição de um conceito *ad hoc* de “subcapitalização”.

E mais, as normas de subcapitalização promovem a inclusão dos juros excessivos na base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro (CSL). Há, assim, a tributação de uma *não renda*, como se explicará. Desta feita, questiona-se sobre a conformidade das normas de subcapitalização à norma constitucional de competência.

E como se todos estes elementos já não bastassem para justificar a escolha da temática, um último fundamento se apresenta. Alguns estudos defendem a (des)proporcionalidade e/ou a (ir)razoabilidade da norma de subcapitalização, sem que para tanto distingam os institutos ou mesmo identifiquem adequadamente os exames promovidos (e sob quais critérios). O que se tem, ao fim, é uma banalização destes testes, que (é necessário que se diga) são essenciais à tutela das normas constitucionais de direito fundamental. Constrói-se, assim, um “argumento de autoridade”, sem a “autoridade do argumento”.

Esta é a razão para a eleição do estudo constitucional sobre as normas de subcapitalização.

## *1.2. Reconhecimento da relevância da delimitação da natureza jurídica das normas tributárias de subcapitalização*

Neste ponto, analisa-se o Caso Colgate-Palmolive, quanto ao tratamento dispensado, antes da edição da MP nº 472/2009, ao excesso de juros.

No julgamento proferido, em junho de 2008, a Primeira Câmara do, então, Conselho de Contribuintes entendeu pela “inexistência de regras referentes à indedutibilidade por subcapitalização”. Nesta linha, é incabível instituir uma limitação ao aproveitamento dessas despesas necessárias. Tecem-se a seguir algumas considerações sobre as conclusões encerradas nesse primeiro julgamento.

Sem que se avalie a legalidade da própria operação societária, uma afirmação ecoa por esse julgamento: o meio pelo qual se aperfeiçoou a reestruturação societária promoveu, notoriamente, a redução da carga tributária incidente sobre o ganho de capital a ser percebido no Brasil.

Neste sentido, um posicionamento do voto vencido deve ser destacado. Os particulares gozam, *a priori*, de liberdade na condução de seus negócios jurídicos. Desta maneira, reputa-se legal a celebração de negócio jurídico *motivado* pela diminuição do encargo tributário. Isto é, “o empresário pode gerir seus negócios com inteira liberdade sendo inclusive lícito e desejável que o faça de forma a obter a maior economia de tributos possível”.

Analisando a “necessidade” das despesas, o voto vencido as qualifica como desnecessárias, na medida em que os valores aportados a título de empréstimo foram, em um curto espaço de tempo, transferidos a outra sociedade. Com efeito, constrói-se o argumento de que a cessão imediata do direito demonstra a desnecessidade da despesa. Todavia, este entendimento não parece ser correto, uma vez que esta qualificação não guarda relação com a brevidade ou a longevidade da transação ou operação.

Por sua vez, o voto vencedor espousa a posição, pela qual, enquanto inexistente uma norma de subcapitalização, não se admite a indedutibilidade dos juros

“excessivos” (se é que se pode falar em “excesso”). O julgador afirma que compreender de maneira diversa é, por exemplo, aplicar as regras de preço de transferência, antes da edição da Lei nº 9.430/1996, que as introduziu no ordenamento pátrio.

Em agosto de 2009, foi encerrado o julgamento na CSRF sob a conclusão de que “a inexistência de regra específica tratando sobre (...) [a subcapitalização] não tem o condão de afastar, de retirar do mundo jurídico, regras gerais inerentes à dedutibilidade das despesas”. Além disso, a possibilidade de capitalizar a sociedade, em vez de contrair um empréstimo, justifica a qualificação da despesa como desnecessária.

A seguir, apresentam-se os principais argumentos suscitados neste julgamento final.

O voto vencedor argui a desnecessidade da despesa pelo fato de, no caso, poder ter havido a integralização do capital, no lugar do financiamento. Contudo, a “necessidade” de uma despesa independe do leque de opções que se abre quando da condução de uma empresa. Em outras palavras, a “necessidade” está condicionada à função desempenhada pela transação ou operação na consecução da atividade econômica e na manutenção da fonte produtora. Como regra, não cabe ao Estado, equiparando-se ao administrador da sociedade, decidir sobre o meio pelo qual esse conduz a atividade, em face da *liberdade de exercício de atividade econômica*.<sup>1-2</sup>

Se estas conclusões já não são suficientes para repudiar o voto vencedor, as considerações que se seguem demonstram a impropriedade ainda maior da decisão.

Isto porque, o julgador entende que se aplicam no caso as “normas de subcapitalização”, embora a MP nº 472/2009 fosse inexistente à época. Por assim dizer, no voto, a subcapitalização é identificada pelos seguintes elementos: (i) a brevidade da operação; (ii) as partes vinculadas; (iii) a ausência de um quociente legal de endividamento impede a sua adoção na hipótese, podendo se “arbitrar” o valor excessivo (no caso, se se aplicasse o quociente de 2:1 não haveria juros excessivos). Reitere-se o conceito *ad hoc* de subcapitalização construído.

Defende-se que “a existência de regra específica na legislação dispondo sobre a subcapitalização implicaria necessariamente a sua aplicabilidade à situação que fosse enquadrada nos seus termos”. No entanto, porque ela não existia à época, se aplicam no caso as normas gerais (mais restritivas) de dedutibilidade de despesas necessárias.

Este raciocínio é um contrassenso com a natureza jurídica da norma de subcapitalização. E mais, desconsidera o papel desempenhado pelo artigo 47 da Lei nº 4.506/1964, como se verá no subitem 2.4.1.

<sup>1</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Planejamento tributário: limites à norma antiabuso”. *Revista Direito Tributário atual* vol. 24. São Paulo: Dialética e IBDT, 2010, pp. 345-370.

<sup>2</sup> A jurisprudência administrativa também conta com julgados conhecendo da posição do Fisco para ingerir nos negócios dos contribuintes (Acórdãos nº 107-06934, de 28 de janeiro de 2003, e 107-07035, de 18 de março 2003).

O julgador conclui o seu voto sustentando que a liberdade para a condução de uma atividade econômica própria do âmbito privado não se reflete na esfera tributária. Nos casos em que essa liberdade produzir efeitos tributários, diz ele, é incabível cogitar da livre iniciativa; de forma que as despesas incorridas são arbitrárias e, portanto, indedutíveis.

Uma análise crua desta decisão esbarra na constatação de que, ao fim, o que se pretendeu afirmar é que, com base na ideia de “solidariedade social”, não pode o indivíduo ou a pessoa jurídica (na figura de seu administrador) planejar a atividade econômica, de acordo com o meio que menor carga tributária produza.

A declaração de voto (vencido) aponta, porém, para uma direção diversa. Em consonância com esta declaração, a opção por celebrar um contrato de mútuo e não capitalizar a sociedade é um “ato normal de gestão”<sup>3</sup> apto a promover benefícios à pessoa jurídica. Deste modo, não se pode falar na desnecessidade da despesa. A despesa é “usual” para o tipo de operação e “necessária” ao incremento das receitas da interessada.

Além disso, o financiamento entre partes vinculadas não é vedado pelo ordenamento jurídico e, quando realizado, se submete às normas de preço de transferência, que controlam os juros pactuados (o que foi atendido no caso).

O julgador acrescenta que o único “propósito negocial” da operação era promover o crescimento e o avanço da sociedade empresária no mercado brasileiro, o que efetivamente ocorreu. Segundo com ele, isto demonstra a ausência de ato simulado e a boa-fé do contribuinte. Quanto a este ponto, cabe uma ressalva: a opção pelo financiamento no lugar da capitalização, ainda que por imposição contratual, promoveu uma efetiva redução da carga tributária (e essa era visada). Nem se comente o argumento da boa-fé, inaplicável a este estudo.

Mais uma vez, repise-se que este julgamento traz em seu bojo uma série de questões que transbordam do objetivo deste artigo, mas ele ilustra a relevância do estudo constitucional da norma de subcapitalização, o qual refletirá a insubsistência da decisão final da CSRF.

## **2. Panorama das Normas Tributárias de Subcapitalização de Sociedades Empresárias**

### *2.1. O conceito de subcapitalização*

Neste ponto, descreve-se o fenômeno da subcapitalização.

O desempenho da empresa depende da existência de recursos (financeiros). Para tanto, há uma dualidade de opções: (i) a capitalização e (ii) o financiamento.

Na hipótese de capitalização, há a subscrição de quotas ou ações representativas de participação no capital social da entidade e, neste sentido, garante-se ao titular direitos, em contrapartida a um preço que deverá ser, oportunamente, integralizado.

Diversamente, o financiamento enseja o surgimento de um direito de crédito em favor do credor. Essa operação ocorre pela celebração de um contrato de

<sup>3</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros, no direito brasileiro e comparado: alcance e natureza jurídica*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 1996, pp. 201-212.

mútuo ou similar, ou pela emissão de título mobiliário representativo de dívida da sociedade (como a debênture). Neste caso, o capital social não sofre alteração.

*A subcapitalização se dá quando o capital social da pessoa jurídica não é suficiente para a consecução da atividade econômica.* Neste sentido, podem se verificar duas situações: (i) a sociedade empresária não possui quaisquer recursos para o desempenho da empresa. Esta modalidade de subcapitalização é denominada *material*, (ii) Ou o capital social não é suficiente para este fim, mas existem outros recursos disponíveis para a execução do objeto social. Esses recursos decorrem de contrato de financiamento celebrado junto ao sócio ou acionista da entidade. Esta segunda espécie de subcapitalização é denominada *formal* ou *nominal*.<sup>4</sup>

*Não existe, enfatize-se, no ordenamento pátrio, qualquer previsão legal que proíba a celebração de contrato de financiamento entre a pessoa jurídica e o seu sócio ou acionista.*

No entender de Paulo de Tarso Domingues,<sup>5</sup> a subcapitalização material pode ser *originária* ou *superveniente*. Diz-se que a subcapitalização é originária quando a sociedade é concebida com um capital social incompatível com o desempenho da empresa. Por sua vez, a subcapitalização é superveniente, quando se verifica esta situação, no curso de suas atividades, impedindo o seu prosseguimento.

*Não existe, no ordenamento pátrio, qualquer previsão legal que institua um capital social mínimo da sociedade empresária.*

Considerando este fato, Calixto Salomão Filho<sup>6</sup> agrega mais um elemento à subcapitalização material. Segundo o autor, essa pode ser *simples*, quando a incompatibilidade entre os recursos necessários à realização do objeto social e o capital social não é notória. Em sentido contrário, ela pode ser *qualificada*, quando essa incompatibilidade é verificada fácil e imediatamente. Esclareça-se que o autor pretende, com esta classificação, delimitar as hipóteses de responsabilização do sócio ou acionista pela insuficiência de recursos.

Para os fins das normas tributárias de subcapitalização, apenas a espécie *formal* ou *nominal* é relevante. Deste modo, devem-se conhecer as razões motivadoras do financiamento da sociedade, em prejuízo da sua capitalização.

Apontam-se os seguintes fatores: (i) o aporte de recursos por meio do aumento do capital social depende da aprovação da medida em deliberação societária; (ii) capitalizar uma sociedade implica alterar o contrato social, registrar no órgão competente e, por vezes, submeter a operação ao órgão regulador; (iii) o novo aumento do capital social depende da prévia integralização das quotas ou ações anteriormente subscritas; (iv) em determinadas hipóteses, a emissão de novas quotas ou ações submete-se ao direito de preferência; (v) o aumento de capital social pode alterar os percentuais de participação social dos sócios ou acionistas; (vi) a operação de financiamento não enseja a assunção pelo credor do risco do

<sup>4</sup> DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2007, pp. 5 e ss.

<sup>5</sup> DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípios e funções*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 16.

<sup>6</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 90-91.

negócio ou do resultado econômico; (vii) pode haver a redução do risco de inadimplimento da obrigação com a introdução de uma garantia; (viii) o adimplimento do crédito independe do resultado fiscal; (ix) o adimplimento do crédito independe da redução do capital social; (x) a redução do capital social depende da observância dos requisitos instituídos em lei.<sup>7</sup>

Desta feita, sob a perspectiva societária, existem “bons” motivos para se optar pelo financiamento da sociedade, em vez da sua capitalização.

## 2.2. Breves considerações de Direito Comercial sobre os efeitos da subcapitalização

Com base na definição exposta, questiona-se sobre os eventuais efeitos da subcapitalização no Direito Comercial.

A subcapitalização material atinge os *fatores de produção*, considerando a insuficiência de recursos para a consecução da atividade empresária.

Da mesma forma, ela interfere na *garantia* que o capital social representa aos credores da sociedade.<sup>8</sup> Este atributo advém do “princípio da intangibilidade do capital social”. Segundo esse, o capital social constitui, ao menos, uma garantia ao adimplimento de débitos da sociedade, pois não pode ser distribuído aos sócios ou acionistas. Porém, este posicionamento não é isento de críticas, especialmente, em face do descompasso que pode haver entre o capital social e o patrimônio social, ou mesmo a depreciação deste valor.

De qualquer modo, a subcapitalização material provoca a equiparação do credor aos sócios ou acionistas. Isto é, o credor assume, da mesma forma que esses, os riscos do negócio. Destarte, segundo parcela da doutrina, há um desvio de finalidade da norma de limitação de responsabilidade e da função social da propriedade, de modo a ensejar a imputação de responsabilidade pelo débito aos sócios ou acionistas, por meio da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>9</sup>

Relembre-se o posicionamento de Salomão Filho.<sup>10</sup> De acordo com o autor, a responsabilização do sócio ou acionista apenas ocorre nas hipóteses em que é notória a subcapitalização da sociedade (subcapitalização material qualificada).

A subcapitalização formal, por sua vez, atinge o atributo *garantidor* do capital social, valendo para o caso os mesmos comentários realizados acima. Nesta hipótese, discutem-se ainda os efeitos da subcapitalização nos procedimentos de natureza falimentar, mormente, quanto à classificação dos créditos. Isto porque se admite a requalificação do crédito de titularidade do sócio ou acionista relativo ao financiamento, para rebaixá-lo em relação aos credores quirografários.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 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* nº 225. São Paulo: Dialética, junho de 2014, pp. 147-162, p. 152.

<sup>8</sup> 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* nº 225. São Paulo: Dialética, junho de 2014, pp. 147-162, p. 152.

<sup>9</sup> DINIZ, Gustavo Saad. *Op. cit.*

<sup>10</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*

<sup>11</sup> DINIZ, Gustavo Saad. *Op. cit.*

### 2.3. A extensão e as principais controvérsias sobre as normas tributárias de subcapitalização

A seguir, apresentam-se as normas de subcapitalização introduzidas pelos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010, e regulamentadas pela IN SRFB nº 1.154/2011, bem como as principais controvérsias sobre elas.

Ambos os artigos iniciam a redação do *caput* com uma ressalva igual: “sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”. O artigo 22 da Lei nº 9.430/1996 versa sobre a norma de preço de transferência destinada ao controle dos juros pactuados entre partes vinculadas em contrato de financiamento. A despeito da relevância da questão, esta matéria escapa do objeto de estudo deste artigo.

São submetidas às normas de subcapitalização todas as modalidades de contrato de financiamento registradas no Banco Central.<sup>12</sup> Estão abrangidos (i) o contrato de empréstimo ordinário (celebrado a valor de mercado); (ii) o contrato em préstimo de curto prazo; (iii) o contrato *back-to-back*, em que a pessoa vinculada residente ou domiciliada no exterior, por meio de instituição financeira, realiza o financiamento; e (iv) os instrumentos híbridos.<sup>13</sup> Foi excluída destas normas a dívida de repasse, em que a instituição repassadora funciona como um mero canal para a circulação dos valores, sem que se altere as condições originárias da oferta.<sup>14</sup>

Quanto ao elemento subjetivo, discute-se sobre a “vinculação” existente entre a pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil e a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior. As previsões dos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010, aludem aos “termos do art. 23 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”. O artigo 23 da Lei nº 9.430/1996 aplica-se às regras de preço de transferência. E mesmo para os fins dessas regras, esse dispositivo é considerado demasiadamente amplo pela doutrina, principalmente, em comparação com os padrões internacionais.<sup>15</sup> O aporte deste rol às normas de subcapitalização não é isento de críticas.

À época da MP nº 472/2009, a remissão ao artigo 23 era limitada. Por previsão dos incisos I e II, artigos 24 e 25 da MP nº 472/2009, as pessoas física e jurídica residentes ou domiciliadas no exterior tinham que ter participação no capital social da sociedade devedora para se aplicar as normas de subcapitalização. A doutrina entende que, neste caso, o legislador “andou bem”.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; e UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. “*Thin capitalization rules* no direito comparado e as regras de subcapitalização brasileiras”. *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 15. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 169-211, p. 200.

<sup>13</sup> MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. “As regras de subcapitalização adotadas pela Lei nº 12.249/10 e sua aplicação em situações abrangidas por acordos para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil”. *Revista Direito Tributário atual* vol. 24. São Paulo: Dialética e IBDT, 2010, pp. 136-156, pp. 143-144.

<sup>14</sup> DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará; e MOSQUERA, Roberto Quiroga. “As regras de subcapitalização no direito brasileiro: questões controversas”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 15. São Paulo: Dialética, 2011, pp. 392-408, p. 396.

<sup>15</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 184. São Paulo: Dialética, janeiro de 2011, pp. 116-127, p. 122.

<sup>16</sup> EMERY, Renata; e XAVIER, Alberto. Subcapitalização. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 176. São Paulo: Dialética e IBDT, maio de 2010, pp. 7-15, pp. 9-11.

Entretanto, quando da conversão da referida medida provisória, as limitações mencionadas foram excluídas. E a IN SRFB nº 1.154/2011 possui transcrita, inclusive, a integralidade do artigo 23.

Alberto Xavier e Renata Emery<sup>17</sup> defendem a necessidade de ler o artigo 23 à luz dos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010. Isto porque as normas de subcapitalização não se aplicam a qualquer hipótese de vinculação, mas apenas àquelas em que há uma relação societária subjacente. Corroborando este argumento, a interpretação teleológica da norma reflete a necessidade de a parte vinculada poder capitalizar a sociedade.

E como se não bastasse este alargamento da vinculação, o parágrafo 2º, artigos 24 e 25, da Lei nº 12.249/2010 enquadram nas regras “o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente”. Esta vinculação indireta também é objeto de críticas pela doutrina.<sup>18</sup>

Passa-se à análise dos limites objetivos de endividamento instituídos na lei. O artigo 24 da Lei nº 12.249/2010 apresenta duas classes de limites, um primeiro *individual* e um segundo *global*.

Explique-se: havendo financiamento com uma pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior *com* participação no capital social, afere-se o excesso de juros, primeiro, em conformidade com o patrimônio líquido relativo à sua participação. Aplica-se o quociente de 2:1, ou seja, o *quantum* financiado não pode superar duas vezes o patrimônio líquido da participação.

No caso de haver financiamento com uma pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior *sem* participação no capital social, afere-se o excesso de juros, primeiro, em conformidade com o patrimônio líquido da sociedade. Aplica-se o quociente de 2:1, ou seja, o *quantum* financiado não pode superar duas vezes o patrimônio líquido da sociedade.

Atendidos estes requisitos, como regra, aplica-se um limite global. Nesse, compara-se o total de endividamentos com o patrimônio líquido referente a todas as participações societárias das pessoas vinculadas. Mais uma vez, aplica-se o quociente de 2:1, ou seja, o total financiado não pode superar duas vezes o patrimônio líquido das participações.

O artigo 25 da Lei nº 12.249/2010 estabelece que, no caso de haver financiamento com uma pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior “em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado”, afere-se o excesso de juros aplicando o quociente de 0,3:1. Isto é, o *quantum* financiado não pode superar 30% do patrimônio líquido da sociedade.

Um primeiro comentário é sobre o padrão “patrimônio líquido”. No entender de José Marcos Domingues de Oliveira,<sup>19</sup> esse é o “núcleo duro” da sociedade empresária. Assim, o legislador parece que “andou bem” na eleição deste critério.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues. “Tratamento fiscal da subcapitalização das empresas”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 41. São Paulo: Dialética, fevereiro de 1999, pp. 17-26, pp. 18-19.

Contudo, surgem controvérsias sobre o cálculo do endividamento e do patrimônio líquido, principalmente, sobre “quando calcular?” e “o quê computar?”, o que passa a se explorar.

No que se refere ao elemento temporal, os juros excessivos são apurados “por ocasião da apropriação dos juros” (artigos 24, incisos I, II e III; e 25, *caput*), ou seja, mensalmente. E “os valores do endividamento e do patrimônio líquido (...) serão apurados pela média ponderada mensal” (parágrafo 4º dos artigos 24 e 25).

Segundo Leonardo Freitas de Moraes e Castro e Sérgio Papini de Mendonça Uchôa Filho,<sup>20</sup> o legislador brasileiro “andou bem” ao instituir a apuração dos juros no momento da sua apropriação pelo titular. Neste sentido, eles comparam as experiências de outros países que apuram esse excesso anualmente. De acordo com os autores, esse último modelo permite aos sócios ou acionistas, no último dia do exercício, modificar o quadro societário para afastar a norma de subcapitalização.

Todavia, considerando a inclusão da variação cambial no cômputo do endividamento, Ramon Tomazela Santos<sup>21</sup> sugere que melhor seria que o legislador tivesse adotado a “data da celebração do contrato”.

Apresentam-se as críticas a esta sistemática de cálculo dos “valores do endividamento e do patrimônio líquido”: (i) um mesmo contrato de financiamento de longo prazo (ou até curto prazo) um mês pode ter os juros dedutíveis, mas em outro não;<sup>22</sup> (ii) o cômputo da variação cambial no valor do endividamento permite que a simples alteração do valor da moeda determine a (in)dedutibilidade dos juros.<sup>23</sup> Deste modo, Moraes e Castro e Uchôa Filho<sup>24</sup> sugerem que o cálculo deve se dar pela média anual dos “valores do endividamento e do patrimônio líquido”.

No que se refere ao elemento quantitativo, Xavier<sup>25</sup> esclarece que sob a rubrica “patrimônio líquido” estão compreendidos o capital social, a reserva de capital, os ajustes de avaliação patrimonial, as reservas de lucros, as ações em tesouraria e os prejuízos acumulados, conforme as informações constantes no último balanço, incluídos ou não os resultados obtidos até o mês anterior ao da apropriação dos juros.

Quanto ao cálculo do endividamento, a lei determina a soma do valor principal com os juros incorridos e não pagos até o último dia útil do mês da apuração. Santos<sup>26</sup> questiona sobre a inclusão da variação cambial nesse cálculo. Essa questão ainda não é pacífica.

<sup>20</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; e UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>21</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10”. *Op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>22</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; e UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. *Op. cit.*

<sup>23</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10”. *Op. cit.*

<sup>24</sup> CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; e UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. *Op. cit.*

<sup>25</sup> XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 351-352.

<sup>26</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10”. *Op. cit.*, pp. 123-124.

Essas são as principais controvérsias sobre as normas de subcapitalização, sob a perspectiva interna.

#### 2.4. A natureza jurídica, a finalidade e o meio das normas tributárias de subcapitalização

Uma vez compreendida, em linhas gerais, a extensão das normas de subcapitalização, avaliam-se a sua natureza jurídica, a finalidade e o meio.

Neste estudo, defende-se que as normas de subcapitalização constituem “normas antielisivas específicas” que visam a “evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, mediante o endividamento *abusivo*”, nos termos da exposição de motivos da MP nº 472/2009.

*Por “elisão”, compreenda-se a não incidência ou a atenuação do tributo devido, em razão de um comportamento lícito e voluntário do contribuinte, que “tem por escopo exclusivo ou preponderante a obtenção (...) [desse] resultado (...) e que não contraste com o ordenamento jurídico”, segundo Fábio Piovesan Bozza.<sup>27</sup> Por “norma antielisiva”, compreenda-se aquela que busca combater o “planejamento tributário abusivo”.<sup>28</sup>*

Ora, nos termos da exposição de motivos, o artigo 24 almeja “controlar o endividamento *abusivo* junto à pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais”. Quanto ao artigo 25, menciona-se que “esses empréstimos geram juros que reduzem, *artificialmente*, o resultado tributável no Brasil e, ao mesmo tempo, geram lucros que não serão tributados de maneira representativa no exterior [ou simplesmente não serão tributados]”.

É lícita a conduta do contribuinte que incide nestes preceitos normativos, em face da inexistência de disposição legal em sentido contrário. Destarte, o que se pretende por meio dos artigos 24 e 25 é combater “o planejamento tributário *abusivo*”.<sup>29</sup>

Isto posto, analisa-se o meio utilizado para a consecução deste fim.

O *caput* dos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 estabelece a *proibição* de dedução da base de cálculo destes tributos dos juros pagos ou creditados que superem a razão de 2:1 ou de 0,3:1 em relação ao patrimônio líquido.

Adotando-se a classificação de Eros Roberto Grau,<sup>30</sup> quanto às modalidades de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, reputa-se que os preceitos em voga constituem uma “norma de direção”. *Por “norma de direção”, compreenda-se a ordem ou o imperativo que impõe ao destinatário um único consequente, quando verificada a hipótese.*<sup>31</sup>

Luís Eduardo Schoueri<sup>32</sup> explica que esta espécie normativa (direção) melhor se coaduna com as hipóteses em que se pretende um efeito *imediate, absoluto*,

<sup>27</sup> BOZZA, Fábio Piovesan. *Planejamento tributário e autonomia privada*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2014, pp. 185-186.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 23-24.

<sup>31</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 43-54.

*sem lacuna* que atinja uma *generalidade de pessoas*. Neste caso, o *critério de discrimen é eleito pelo legislador* (nível máximo de endividamento), ao revés do mercado.

Em sentido diverso, Marco Aurélio Greco<sup>33</sup> argui que

“não vejo os dispositivos como regras específicas antiabuso, ou antielisão. (...) A meu ver, os artigos 24 e 25 veiculam normas que regulam o limite de dedutibilidade do pagamento de juros a determinadas pessoas em específicas circunstâncias e atendidas certas dimensões.”

Entretanto, este entendimento não parece correto, pois se verifica uma confusão entre a finalidade e o meio. *O meio instituído pelas normas de subcapitalização brasileiras é a indedutibilidade dos juros excessivos e a finalidade perseguida por essas normas é evitar a erosão da base de cálculo dos tributos em voga pelo endividamento abusivo.*

Para dirimir o embate, avalia-se o inter-relacionamento entre os artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010, e o artigo 47 da Lei nº 4.506/1964, o que se passa a fazer.

#### *2.4.1. A relação entre a norma de dedutibilidade de despesas necessárias e as normas tributárias de subcapitalização*

Neste estudo, sustenta-se não haver qualquer “antinomia” entre os artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010, e o artigo 47 da Lei nº 4.506/1964. E mais, as normas de subcapitalização não são meras “especificações” do artigo 47. Trata-se de preceitos com finalidades e meios diversos, que incidem, contudo, sobre uma mesma despesa (pagamento ou creditamento de juros) e que resultam na sua (in)dedutibilidade. Por assim dizer, são exames distintos e sucessivos.

Explique-se: primeiramente, a despesa deve ser submetida ao artigo 47 da Lei nº 4.506/1964. Este dispositivo disciplina a base de cálculo dos tributos em questão, *qualificando* a despesa como “necessária”.

Uma vez superado este exame positivamente, submete-se a despesa necessária à norma de subcapitalização. Este segundo exame não visa a qualificar a despesa, uma vez que todas as despesas que lhe são submetidas são “necessárias” (“quando se verificar constituírem despesa necessária à atividade”). As normas de subcapitalização pretendem identificar, dentre as despesas necessárias, aquelas excessivas, de acordo com o limite objetivo para o controle do endividamento da entidade.

Como supramencionado, esta despesa necessária também se submete às regras de preço de transferência, matéria que não será explorada nesse artigo.

Corroborando este entendimento analisa-se a seguir a redação dos parágrafos 3º dos artigos 24 e 25.

#### *2.4.2. Consequências jurídicas da aplicação das normas tributárias de subcapitalização*

Subdivide-se a avaliação das consequências jurídicas da aplicação das normas de subcapitalização sob três perspectivas: (i) a pessoa jurídica vinculada; (ii) a relação jurídica e (iii) os juros.

<sup>33</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 445.

Quanto à pessoa jurídica, cabe refutar o entendimento de que haveria a “desconsideração da personalidade jurídica”. A norma de subcapitalização em nenhum momento desconsidera qualquer personalidade jurídica de entidade vinculada. O único efeito de sua aplicação é a indedutibilidade dos juros excessivos.

Quanto à relação jurídica, a norma de subcapitalização, igualmente, não afeta a validade ou a eficácia do negócio jurídico. O que há é a inoponibilidade parcial de seus efeitos em face do Fisco, pois o valor dos juros excedentes não pode ser deduzido.<sup>34</sup>

Quanto aos juros, apresenta-se a sistemática dos artigos 24 e 25 (*caput* e parágrafos 3º). O *caput* destes dispositivos veda a dedução dos juros que superem os quocientes 2:1 ou 0,3:1. Trata-se de uma norma proibitiva com o seguinte comando: “inclua na base de cálculo”. Resta o questionamento sobre a que título se acresce este valor. Neste sentido, os parágrafos 3º *equiparam* os juros excessivos às despesas desnecessárias, por meio de uma *ficção*. Neste caso, há o seguinte comando: “inclua na base de cálculo como se fosse uma despesa desnecessária”.

*Por ficção, compreenda-se o instituto de direito material que se vale de uma remissão que visa a equiparar dois institutos jurídicos para determinados propósitos.*<sup>35</sup>

Nos termos dos parágrafos 3º, “o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido”. Observe-se que o texto fala que “o valor (...) será considerado”. “Considerar” é tomar algo como se outro fosse. No caso, há uma despesa necessária que “será considerada” desnecessária.

Este raciocínio demonstra a fragilidade da posição defendida por Greco.

A norma de subcapitalização é uma “norma antielisiva específica” e, por assim dizer, sua estrutura normativa é diversa do artigo 47 da Lei nº 4.506/1964. Essa se presta a definir a materialidade “renda”. Isto porque, a despesa necessária “não constitu[i] acréscimo patrimonial, mas mera condição para a produção desse acréscimo”.<sup>36</sup> Diversamente, nos artigos 24 e 25, “desconsidera-se” o “conceito de renda”, pela instituição de uma limitação à dedutibilidade de uma despesa necessária [vide subitem 3.1] e, posteriormente, a “equipara” a uma despesa desnecessária para fins da inclusão na base de cálculo.

Esclareça-se, por conseguinte, que a regra brasileira de subcapitalização não *requalifica* os juros como dividendos, como outras jurisdições, em que se aplica o regime próprio desses à parcela excedente. Ela apenas limita a sua dedutibilidade.

Cabe ainda esmiuçar a relação entre a finalidade e a estrutura das normas de subcapitalização.

<sup>34</sup> BOZZA, Fábio Piovesan. *Op. cit.*, p. 184.

<sup>35</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros, no direito brasileiro e comparado: alcance e natureza jurídica*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 1996, pp. 121-134.

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. “Operações de proteção contra variação do dólar e de redução dos custos operacionais. *Hedge. Swap*. Dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da contribuição social sobre o lucro líquido das despesas incorridas e das perdas sofridas”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 193. São Paulo: Dialética, pp. 163-192, 2011, p. 165.

### 2.4.3. Entre a finalidade e a estrutura das normas tributárias de subcapitalização

As normas de subcapitalização previstas nos artigos 24 e 25, como já mencionado, se valem de uma *proibição* à dedução de despesas. E mais, para informar a que título se realiza o acréscimo dos juros excessivos à base de cálculo, os parágrafos 3º preveem a equiparação deste valor às despesas desnecessárias.

Há posicionamentos que enxergam na limitação objetiva de endividamento uma *presunção absoluta* ou mesmo uma *ficção*. No entanto, este entendimento não é correto.

*Por presunção absoluta, compreenda-se o instituto de direito processual que se destina a facilitar a prova por uma das partes, na medida em que não admite prova em contrário.*<sup>37</sup>

Todavia, a norma de subcapitalização, no que se refere aos seus limites quantitativos, não institui uma presunção absoluta, nem uma ficção. Os dispositivos não têm natureza probatória (absoluta), nem fazem remissão a outras regras (ficção). Trata-se do “modal deôntico proibitivo”.

E mais, constata-se que este meio se coaduna com a finalidade antielisiva, na medida em que dirige o comportamento daqueles que optam por superar o limite objetivo dos preceitos legais.

As “normas obrigatórias ou proibitivas implicam evidente limitação da liberdade individual”,<sup>38</sup> razão pela qual se justifica o estudo constitucional, que se passa a realizar.

## 3. Um Estudo Constitucional sobre as Normas Tributárias de Subcapitalização de Sociedades Empresárias

### 3.1. A norma constitucional de competência

Ao limitar a dedutibilidade dos juros excessivos, as normas de subcapitalização determinam o seu oferecimento à tributação. Deste fato, advém o primeiro controle proposto sobre estas regras: a norma constitucional de competência.

O artigo 153, inciso III, da CRFB, estabelece que “competete à União instituir imposto sobre [a] *renda* e [os] *proventos* de qualquer natureza”.

*Por renda, compreenda-se o “produto líquido (receitas menos despesas necessárias à manutenção da fonte produtora (...)) calculado durante o período de um ano”.*<sup>39</sup> Esta conceituação pressupõe a noção de “renda-acréscimo”, segundo a qual a renda é o “acréscimo patrimonial” apurado em certo intervalo de tempo.<sup>40</sup> Em consonância com Pedro Manuel Herrera Molina,<sup>41</sup> soma-se a esta definição o “princípio da liquidez objetiva”.

<sup>37</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros, no direito brasileiro e comparado: alcance e natureza jurídica*. Op. cit., pp. 136-153.

<sup>38</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 50.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 39-45.

<sup>41</sup> MOLINA, Pedro Manuel Herrera. *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a luz del derecho alemán*. Madri: Marcial Pons, 1998, p. 254.

Esse obriga que se considere as circunstâncias objetivas que se exigiram para a consecução da atividade produtora dos ingressos (definitivos). Deste modo, a questão que surge versa sobre a “renda disponível”, advinda da comparação entre os resultados positivo e negativo (necessário à produção do primeiro). Segundo o autor, ser tributado em razão da “renda disponível” é uma consequência (intrínseca) do direito de contribuir conforme a “capacidade econômica”. Portanto, a base de cálculo respectiva “nunca (...) [é] apenas os aumentos patrimoniais gerados; tributariamente impositivo é, pelo contrário, apenas o resultado econômico de uma atividade”.<sup>42</sup>

Reconhece-se que esta definição não pretende exaurir o sentido do instituto “renda”, nem é isenta de críticas. Entretanto, para os fins deste estudo, ela se mostra satisfatória.

Passa-se ao enfrentamento da suposta “antinomia” existente entre a norma constitucional de competência e a norma infraconstitucional de subcapitalização.

A indedutibilidade importa a inclusão na base de cálculo de uma despesa, dita, necessária, e, portanto, de uma *não renda*. Ora, a norma constitucional somente atribui ao legislador a competência para instituir tributo sobre “[a] renda e [os] proventos de qualquer natureza”, à luz da capacidade contributiva. Assim, considerando a “supremacia da norma constitucional”, uma primeira leitura dos preceitos em questão poderia indicar a inconstitucionalidade dos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010.

No entanto, esta solução merece ser melhor explorada, como passa a se expor.

De acordo com Joachim Lang e Klaus Tipke,<sup>43</sup> “a elusão [elisão] fiscal é regra jurídica *não autônoma* (...) na forma de uma *norma auxiliar teleológica*; ela apoia a finalidade da norma típica legal tributária no Direito positivo”. Isto, pois, “o aplicador do Direito está autorizado a colocar no lugar da situação de fato verdadeira uma situação *adequada* aos acontecimentos econômicos”.<sup>44</sup>

Deste raciocínio, verifica-se que o elemento essencial da classificação reside na *requalificação* do pressuposto econômico fático, reputando-se *abusivo* o comportamento individual originário. Neste sentido, Lang e Tipke<sup>45</sup> explicam que essa norma “requalifica” situações e, quando se aplica a hipótese de incidência tributária, se “contém o desvio comportamental”. Assim, aqueles que esboçam igual capacidade contributiva (conforme a materialidade do tributo) submetem-se a igual encargo tributário.

Este posicionamento não é isento de críticas. Contrapõe-se a ele a intervenção que ele encerra no domínio econômico. O controle legal recai sobre atos (ênfatize-se) lícitos praticados em consonância com a liberdade de exercício de atividade econômica em um ambiente de mercado. Nesse, os agentes econômicos buscam assegurar o melhor resultado com o mínimo de perdas (eficiência). Com

<sup>42</sup> LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito Tributário*. V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 473.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>45</sup> *Idem*.

efeito, alguns sustentam que, neste caso, a ingerência estatal é injustificável. Se o negócio jurídico é “indesejável”, o ordenamento jurídico deve vedá-lo, e não se valer de uma norma tributária para conter este “planejamento tributário legítimo”.

Como exposto ao longo do subitem 2.4, os dispositivos legais mencionados somente instituem uma proibição de aproveitamento de certa exação, para fins de dedução da base de cálculo, sem que para tanto *requalifiquem* a situação de fato. E, reitera-se, inexistente no ordenamento pátrio de qualquer previsão legal que proíba a celebração de contrato de financiamento entre a pessoa jurídica e o seu sócio ou acionista; ou que institua um capital social mínimo à sociedade empresária. Portanto, a aplicação da doutrina alemã supramencionada ganha um fator complicador agravado pela rigidez do sistema constitucional de repartição de competências.

Neste artigo, por conseguinte, opina-se pela inconstitucionalidade formal da norma de subcapitalização, por violação da regra de competência. No entanto, para seguir no debate, apresenta-se o argumento apresentado por alguns ao caso para a superação da regra de competência ou ainda a “realização” da mesma: trata-se da ponderação entre a igualdade e a liberdade.

Isto é, a regra de competência encerra a aptidão de o ente federativo instituir uma norma *fiscal*. Por norma *fiscal*, compreenda-se aquela que reparte o encargo tributário.<sup>46</sup> De acordo com esta posição, a norma antielisiva tem fundamento de validade na norma constitucional de competência, que, por sua vez, tem fundamento último na capacidade contributiva. Com efeito, conclui-se que as normas antielisivias se justificam por uma norma constitucional de direito fundamental: a igualdade.

Todavia, esta norma antielisiva promove uma restrição à liberdade individual, pois, no caso, impõe uma proibição de dedução dos juros além dos quocientes legais. Contudo, esta mesma norma promove um ganho na liberdade coletiva. Isto porque, quando o legislador determina a indedutibilidade dos juros excessivos, ele está assegurando uma “igualdade de oportunidades” entre os agentes econômicos de mesma capacidade contributiva que se submetem a idêntica norma de incidência tributária. E, assim, promovem-se o livre exercício de atividade econômica e a livre concorrência.

Em outras palavras, ao controlar as operações de financiamento entre partes vinculadas, o legislador ordinário garante que a opção por esta via não produza efeitos competitivos danosos em relação aos demais agentes, ao menos sob a perspectiva tributária. Destarte, assegura-se, em nível nacional, que cada qual suporte o encargo tributário, em função de sua capacidade contributiva, ainda que alguns pudessem, neste caso, adotar uma conduta lícita e suportar menos tributos.

Esclareça-se que o maior rigor envolvendo a parte residente ou domiciliada “em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privile-

<sup>46</sup> VOGEL, Klaus. “Die Abschichtung von Rechtsfolgen in Steuerrecht”. *Steuer und Wirtschaft* nº 2, 1977, pp. 97-121, pp. 106-107. *Apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 27.

giado” também se justifica pela capacidade contributiva associada à liberdade de exercício de atividade econômica e à garantia da livre concorrência. Isto porque a pequena (quando existente) carga tributária, nestes casos, provoca uma significativa vantagem concorrencial destes agentes econômicos em relação aos demais, dentre outros efeitos.

Se sob a perspectiva coletiva, justifica-se a norma antielísiva, sob a perspectiva individual, ela não atinge o “núcleo duro” da norma constitucional de direito fundamental de liberdade. Até porque a proibição legal não é integral, ou seja, aproveitam-se os juros não excessivos e apenas aqueles que superem o quociente de endividamento são indedutíveis.

A despeito da relevância de vários destes argumentos, reitere-se, neste artigo, não se corroborar este posicionamento, em face das peculiaridades das regras brasileiras, sendo ademais discutível a possibilidade de superação ou “realização” da regra de competência, no caso.

Segue-se para o exame de proporcionalidade, através do qual se questiona a compatibilidade entre o meio e o fim.

### 3.2. A proporcionalidade

A proporcionalidade é um dos “temas da moda” na atualidade. Todavia, este exame de estrutura rígida e ordenada sofre uma banalização, decorrente da utilização imprópria e da atecnicidade de seus testes - quando realizados e externalizados, já que muitas vezes restam ocultos ou mesmo não são feitos. Reitere-se que a proporcionalidade não pode ser invocada como um “argumento de autoridade”, mas sim “com a autoridade do argumento”. Assim, a relevância deste instituto na garantia dos direitos fundamentais reside no seu próprio rigor metodológico, expresso em claros argumentos, passíveis de compreensão e confrontação por seu destinatário.

A proporcionalidade é uma norma constitucional de controle da validade de uma norma infraconstitucional que interfere no escopo de uma norma constitucional de direito fundamental. Isto é, para que se fale nela tem que haver três elementos: (i) uma norma constitucional de direito fundamental; (ii) uma norma infraconstitucional e (iii) uma interferência. A norma infraconstitucional promove uma interferência na norma constitucional de direito fundamental.<sup>47</sup>

Em razão da hierarquia das normas jurídicas, a norma de hierarquia superior derroga a norma de hierarquia inferior. Neste sentido, a cláusula de limitação (*limitation clause*), cujo elemento central é a proporcionalidade, permite afastar esta regra. Desta feita, fala-se na proporcionalidade como um *guarda-chuva* protetor das regras infraconstitucionais que sobre ele estejam albergadas, na medida em que, positivamente, submetidas aos exames respectivos.<sup>48</sup>

Assim, a *proporcionalidade consiste em uma norma de controle estruturada para a avaliação de um meio e de um fim, e de uma norma constitucional de direito fundamental*

<sup>47</sup> BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University, 2012, pp. 131-145.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 146-148.

*em relação ao meio e ao fim.* Para tanto, se realizam exames sucessivos e ordenados que testam (i) a *legitimidade do fim*, considerando a sua compatibilidade com o texto constitucional e aceitação social; (ii) a *adequação*, a capacidade de o meio fomentar o fim; (iii) a *necessidade*, a comparação entre os meios igualmente capazes de fomentar o fim em relação à menor interferência provocada na norma constitucional de direito fundamental; e (iv) a *proporcionalidade em sentido estrito*, o sopesamento entre os benefícios promovidos pelo fim e os malefícios provocados pela interferência.<sup>49</sup>

Com essas considerações metodológicas, analisam-se as normas de subcapitalização.

Os artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 determinam a indedutibilidade dos juros que superem os quocientes 2:1 ou 0,3:1 nas operações de financiamento entre partes vinculadas.

Desta afirmação, podem-se extrair os seguintes elementos para o exame: (i) *uma norma constitucional de direito fundamental* - a liberdade de exercício de atividade econômica (artigo 170, *caput*, da CRFB) que compreende, dentre outros direitos, a livre contratação entre partes; (ii) *uma norma infraconstitucional* - a norma de subcapitalização; (iii) *uma interferência* - a proibição do aproveitamento dos juros que decorram de operações lícitas de financiamento entre partes vinculadas e que superem o limite legal de endividamento.

A proporcionalidade é uma avaliação de meio e fim. Por conseguinte, rememora-se o subitem 2.4 sobre o *meio* e o *fim* eleitos pelo legislador ordinário. Quanto ao meio, há uma norma proibitiva, que dirige o comportamento de seu destinatário através de quocientes fixos de dedutibilidade de juros. Quanto ao fim, fala-se em uma norma antielisiva que visa a evitar a erosão da base imponível nacional.

Esclareça-se que estão excluídas deste exame as hipóteses em que a inconstitucionalidade se dá pela violação do “núcleo duro” do direito fundamental, como, por exemplo, quando a limitação de endividamento enseja a inviabilidade da consecução da empresa. Para estas situações, o exame de proporcionalidade não se presta,<sup>50</sup> especialmente, considerando a previsão do artigo 150, inciso IV, da CRFB. No entanto, como mencionado no subitem 3.1, entende-se que, como regra, os quocientes das normas de subcapitalização não violam este núcleo, não sendo esta a hipótese de afastar o controle de proporcionalidade.

Passa-se aos testes supradescritos.

Quanto à *legitimidade do fim*, verifica-se que o “evitar a erosão da base cálculo” mostra-se compatível com o texto constitucional.

Quanto à *adequação*, considera-se que as normas de subcapitalização são adequadas à finalidade antielisiva. E, neste caso, não há grandes dificuldades para a concretização desta tese, pois, como explorado no subitem 2.4, a adoção dessas normas fomenta (e até realiza) a finalidade referida.

<sup>49</sup> CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 39-81; 101-159; 164-253.

<sup>50</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 199.

Para comprovar esta afirmação, avalia-se a aptidão em consonância com os seguintes critérios: (i) *material*, a norma dirige-se ao comportamento que pretende evitar (o endividamento excessivo); (ii) *finalístico*, a norma direciona o comportamento para evitar o endividamento excessivo; (iii) *subjetivo*, a norma atinge todos indistintamente; (iv) *temporal*, a norma produz efeitos imediatos; (v) *eficácia*, a norma proíbe de modo absoluto (sem que comporte lacunas) o endividamento excessivo, eliminando os efeitos tributários favoráveis destas despesas.

Quanto à necessidade, avalia-se um meio alternativo que atenda de igual modo à finalidade. Um modelo adotado por outros países é a presunção relativa. Nessa, os quocientes estipulados em lei podem ser afastados por prova em contrário a ser realizada pelo contribuinte.

Identifica-se a identidade de aptidão, enfrentando os mesmos critérios supradescritos: (i) *material*, a norma dirige-se ao comportamento que pretende evitar (o endividamento excessivo); (ii) *finalístico*, a norma direciona o comportamento para evitar o endividamento excessivo; (iii) *subjetivo*, a norma atinge todos, não se aplicando apenas aos que façam prova da “não-abusividade da operação”; (iv) *temporal*, a norma produz efeitos imediatos; (v) *eficácia*, a norma adota uma presunção relativa, razão pela qual o afastamento do quociente legal depende de prova em contrário, que comprove não se tratar de um “planejamento abusivo”.

O exame comparativo que se segue diz respeito à interferência na norma constitucional de direito fundamental.

Nas normas de subcapitalização, o legislador veda, em toda e qualquer hipótese, o aproveitamento dos juros excessivos. No meio alternativo, há a faculdade de o contribuinte apresentar provas que demonstrem a “legitimidade” da operação, apesar de se reputar, *prima facie*, os juros excessivos indevidos. Destarte, ele enseja uma menor interferência na liberdade de exercício de atividade econômica.

Laura Clérico<sup>51</sup> explica que é facultado ao julgador reconhecer a desnecessidade de um meio apenas nos “casos claros”. Nesses se visualiza, inequivocamente, que o meio alternativo realiza o fim do mesmo modo (ou mais intensamente) que o meio originário e que a interferência promovida pelo primeiro é menos gravosa do que a do segundo. Não sendo a hipótese, o controle não se justifica pela falta de “legitimidade institucional” das cortes constitucionais para tanto.

No caso, posiciona-se pela indistinção de aptidão de fomento entre os meios na realização do fim. Todavia, o meio originário interfere em maior intensidade na liberdade de exercício de atividade econômica do que o meio alternativo. Razão pela qual, se conclui que as normas de subcapitalização são desnecessárias.

Apresenta-se o teste seguinte apenas para exaurir seu estudo, uma vez que o resultado negativo do exame de necessidade afasta o de *proporcionalidade em sentido estrito*.

Neste último teste, há o sopesamento entre os malefícios advindos da interferência no direito fundamental e os benefícios decorrentes da realização do fim. Alguns consideram este teste subjetivo. Desta feita, defendem a sua desnecessida-

<sup>51</sup> CLÉRICO, Laura. *Op. cit.*, pp. 154-158.

de.<sup>52</sup> Porém, a marca de subjetividade, em verdade, permeia toda a proporcionalidade. E ela não é em si uma dificuldade ao exame, desde que o aplicador explicita os testes e os critérios aplicados em cada qual. Em suma, a validade da proporcionalidade reside na clareza de seus argumentos.

Com estas considerações, avalia-se a proporcionalidade em sentido estrito, adotando-se o modelo sugerido por Clérico.<sup>53</sup> Isto é, a ponderação neste caso deve considerar o peso dos direitos fundamentais nos planos abstrato e concreto. Há a primazia, *prima facie*, do plano abstrato, salvo se o peso em concreto apontar para direção contrária.

Neste exame, vale-se das considerações do subitem 3.1. Na medida em que não se pretende repisar a sua integralidade, rememorem-se as conclusões encerradas.

As normas de subcapitalização teriam, para alguns, fundamento de validade na capacidade contributiva (norma constitucional de direito fundamental de igualdade) que promove uma interferência na liberdade de exercício de atividade econômica (norma constitucional de direito fundamental de liberdade).

A ponderação depende do acréscimo de pesos em um dos lados da balança, porquanto, em tese não haveria até agora a primazia de quaisquer dos lados. Entende-se que a norma de subcapitalização, porquanto limitadora da liberdade individual, enseja um ganho sob a sua perspectiva coletiva, de maneira que à igualdade soma-se uma parcela da própria liberdade. Por assim dizer, a norma de subcapitalização atende ao exame de proporcionalidade em sentido estrito.

Mais uma vez destaque-se que este último exame somente foi realizado para aclarar a integralidade do dever de proporcionalidade e considera-se como premissa o cabimento da posição apresentada no subitem 3.1.

Toda a argumentação exposta é passível de inúmeras críticas, mormente, caso se considere a subjetividade que este exame carrega. No entanto, o modo como demonstrada encerra um esforço de realizar os testes e elucidar os critérios eleitos. Apenas deste modo é possível controlar a proporcionalidade e questionar a conclusão alcançada.

#### 4. Conclusões

Ao longo deste estudo, enfrentaram-se as temáticas relativas à *estrutura*, à *finalidade* e aos *efeitos* das normas de subcapitalização, objetivando controlá-las em função das normas constitucionais. Alcançaram-se algumas conclusões sobre esta tríade, que, neste momento, cabe sumarizar.

1. A subcapitalização (formal) é um ato lícito. Não existe no ordenamento pátrio, qualquer previsão legal que proíba a celebração de contrato de financiamento entre a pessoa jurídica e o seu sócio ou acionista. Da mesma forma, não existe, no ordenamento pátrio qualquer previsão legal que institua um capital social mínimo da sociedade empresária.

<sup>52</sup> HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; e WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law. Rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University, 2014, pp. 21-42.

<sup>53</sup> CLÉRICO, Laura. *Op. cit.*, pp. 206-209; 220-225.

2. A *estrutura* das normas de subcapitalização é uma proibição à dedução dos juros que superem os quocientes legais associada a uma regra de ficção, que determina a que título a despesa é incluída na base de cálculo do IRPJ e da CSL.

3. A *finalidade* das normas de subcapitalização é antielisiva, uma vez que se pretende evitar o “planejamento tributário abusivo”, entendido como o endividamento que viola os padrões legais e erode a base de cálculo do IRPJ e da CSL.

4. O *efeito* das normas de subcapitalização é o direcionamento da empresa e, por conseguinte, há uma restrição da liberdade de exercício de atividade econômica.

5. As normas de subcapitalização importam o oferecimento à tributação de uma não renda, sendo violadoras da norma constitucional de competência respectiva.

6. As normas de subcapitalização são desproporcionais, pois o seu exame de necessidade é negativo. Isto se comparado com o meio alternativo “presunção relativa”.

Por todo o exposto, conclui-se que as normas de subcapitalização são incompatíveis com a Constituição.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ANDRADE, André Martins de; e SOARES, Vanessa Fernanda. “O regime jurídico da subcapitalização”. *Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT)* nº 46. Belo Horizonte: Fórum, n. 46, julho-agosto de 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- . “Operações de proteção contra variação do dólar e de redução dos custos operacionais. *Hedge. Swap*. Dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da contribuição social sobre o lucro líquido das despesas incorridas e das perdas sofridas”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 193. São Paulo: Dialética, 2011.
- . *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University, 2012.
- BOZZA, Fábio Piovesan. *Planejamento tributário e autonomia privada*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2014.
- BUJANDA, Fernando Sáinz de. *El nacimiento de la obligación tributaria. Análisis jurídico del hecho imponible*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1968.
- CAMPOS, Fabrício Costa Resende de; e ROLIM, João Dácio. “Juros, preço de transferência e regras de subcapitalização”. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. V. 4. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 125-143.
- CARRERO, Jose Manuel Calderón. “La coordinación europea de las normas de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización”. *Revista de Direito Tributário Internacional (RDTI)* nº 15. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; e UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. “Thin capitalization rules no direito comparado e as regras de subcapitalização brasileiras”. *Revista de Direito Tributário Internacional (RDTI)* nº 15. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CEZAROTI, Guilherme. “Subcapitalização de empresas”. *Revista Direito Tributário Atual (RDTA)* vol. 18. São Paulo: Dialética e IBDT, 2004.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.
- CORASANITI, Giuseppe; GRECO, Marco Aurélio; OLIVA, Caterina Corrado; ROCHA, Sergio André; UCKMAR, Victor; e VIMERCATE, Paolo de’ Capitani di. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.
- CUNHA, Bruna; e ROCHA, Sergio André. “Regra brasileira antissubcapitalização: legitimidade e anterioridade”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. VI. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 2007.
- DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará; e MOSQUERA, Roberto Quiroga. “As regras de subcapitalização no Direito Brasileiro: questões controversas”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 15. São Paulo: Dialética, 2011.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social: noção, princípios e funções*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2004.
- EMERY, Renata; e XAVIER, Alberto. “Subcapitalização”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 176. São Paulo: Dialética, maio de 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- HÜBERT, Ivens Henrique. “Subcapitalização de empresas: delineamento e tratamento nos âmbitos societário e tributário”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. II. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; e WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law*. Rights, justification, reasoning. Cambridge: Cambridge University, 2014.
- LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito Tributário*. V. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- MOLINA, Pedro Manuel Herrera. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal. Análisis del ordenamiento español a luz del Derecho Alemán*. Madri: Marcial Pons, 1998.
- MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. “As regras de subcapitalização adotadas pela Lei nº 12.249/10 e sua aplicação em situações abrangidas por acordos para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil”. *Revista Direito Tributário Atual (RDTA)* nº 24. São Paulo: Dialética, 2010.
- NOVOA, César García. “Transparencia fiscal internacional y subcapitalización”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. V. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- OLIVERA, José Marcos Domingues. “Tratamento fiscal da subcapitalização das empresas”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 41. São Paulo: Dialética, fevereiro de 1999.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- RIBEIRO, Antônio Carlos Silva. “Aspectos tributários da subcapitalização no sistema jurídico alemão e brasileiro”. *Revista de Direito Tributário Internacional (RDTI)* nº 9. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- RODRIGUEZ, Marcelo Natale. “Nova disciplina de preços de transferência sobre juros”. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. V. 4. São Paulo: Dialética, 2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTOS, Ramon Tomazela. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12.249/10”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 184. São Paulo: Dialética, janeiro de 2011.
- . “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* nº 225. São Paulo: Dialética, junho de 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros, no direito brasileiro e comparado: alcance e natureza jurídica*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito. São Paulo: USP, 1996.
- . “Planejamento tributário: limites à norma antiabuso”. *Revista Direito Tributário Atual (RDTA)* vol. 24. São Paulo: Dialética, 2010.
- . *Preço de transferência no Direito Tributário brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.
- . *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TÔRRES, Heleno Taveira. “Juros sobre capital próprio: autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- VOGEL, Klaus. “Die Abschichtung von Rechtsfolgen in Steuerrecht”. *Steuer und Wirtschaft* nº 2, 1977. *Apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.