

Os precedentes de subcapitalização do Carf

18/10/2023

Nesta semana trataremos dos precedentes do Carf acerca da dedutibilidade das despesas com juros pagos a pessoas jurídicas relacionadas e localizadas no exterior nos períodos anteriores e posteriores à edição da Lei nº 12.249/10, que instituiu as regras de subcapitalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 1987, a OCDE publicou o relatório "*Thin Capitalisation — Taxation of Entertainers, Artists, and Sportsmen*", no qual foi trazida de forma pioneira a questão do excesso de endividamento de uma pessoa jurídica e a consequente não dedução das despesas de juros excessivas.



Alexandre Evaristo Pinto
conselheiro do Carf

As normas específicas sobre subcapitalização somente surgem no

Brasil com a edição da Medida Provisória nº 472/09, que trata especificamente de tal matéria nos seus artigos 24 e 25 e que foi convertida na Lei nº 12.249/10.

Consta expressamente na exposição de motivos que seus artigos 24 e 25 têm por objetivo "evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo realizado da seguinte forma: a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no País, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira".

Diz ainda a exposição de motivos que: "a medida torna os juros considerados excessivos indedutíveis, segundo critérios e parâmetros legais". "O objetivo é controlar o endividamento abusivo junto a pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais."

A partir da leitura dos referidos dispositivos legais, nota-se que o artigo 24 da Lei n. 12.249/10 diz respeito à situação de endividamento excessivo de pessoa jurídica brasileira com parte vinculada no exterior, ao passo que o artigo 25 da referida lei se refere ao endividamento excessivo de pessoa jurídica brasileira com pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Caso haja um endividamento excessivo, a parcela excedente das despesas financeiras será considerada indedutível para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Ainda que as regras de subcapitalização tenham somente surgido com a Lei nº 12.249/10, havia atuações relativas à indedutibilidade de juros contratados com partes relacionadas em períodos anteriores com base no artigo 47 da Lei 4.506/64, no sentido de que tais despesas não seriam necessárias.

Feitas as considerações gerais sobre o tema, passaremos à análise dos precedentes do Carf sobre o assunto nos períodos que antecedem a edição da Lei nº 12.249/10.

No Acórdão 101-95.014 (de 15/06/05), decidiu-se, por maioria de votos, pelo provimento ao recurso voluntário, garantindo-se a dedutibilidade das despesas financeiras.

A autoridade fiscal entendia que a despesa financeira relacionada ao empréstimo para aquisição da Kolynos deveria ser considerada como não necessária, uma vez que os recursos financeiros deveriam ter sido aportados como capital social e não como empréstimo, além do que a transferência de imediato dos recursos do empréstimo para empresa no Uruguai demonstraria a desnecessidade dos empréstimos.

Por sua vez, o voto vencedor do referido acórdão se pautou nos seguintes pontos: (i) efetividade do empréstimo; (ii) inexistência de regra jurídica específica para limitação de dedutibilidade em casos de subcapitalização; (iii) possibilidade jurídica de uma empresa nacional contrair empréstimos de sua controladora no exterior; e (iv) haveria a tributação de tais juros pelo imposto de renda na fonte no momento de remessa de tais valores ao beneficiário no exterior.

Dessa forma, entendeu-se que não haveria óbice na legislação brasileira à tomada de empréstimos por empresas relacionadas, de forma que as despesas financeiras relacionadas seriam dedutíveis.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional interpôs recurso especial contra o referido acórdão, sendo que a decisão foi reformada no âmbito no Acórdão 9101-00.287 (de 24/08/09), pelo qual foi dado provimento ao recurso fazendário pelo voto de qualidade.

Constou no voto vencedor do referido acórdão que ainda que inexistisse à época norma de subcapitalização, havia regra sobre o critério geral de dedutibilidade das despesas, que exige que elas sejam necessárias para sejam dedutíveis.

Nesse sentido, foram entendidas como desnecessárias (e consequentemente indedutíveis) as despesas com juros relativas a empréstimo efetuado por meio de um contrato de mútuo, em que a mutuante era sócia que detinha 99,99% do capital social da mutuária e dispunha de recursos

para integralizar o capital. Por mais que houvesse a possibilidade de dedução de juros sobre o capital próprio se os recursos tivessem ingressado por meio de aumento de capital, isso não teria o condão de equalizar os efeitos tributários advindos de uma eventual capitalização.

No Acórdão 1101-001.180 (de 28/08/14), a turma negou provimento ao recurso voluntário de forma unânime, considerando que as despesas financeiras de empréstimo em favor da matriz no exterior seriam indedutíveis na base da CSLL, uma vez que tais despesas teriam sido incorridas por mera liberalidade por serem desnecessárias para a manutenção da fonte produtora.

No Acórdão 1103001.181 (de 3/3/15), a turma decidiu, por unanimidade, pela dedutibilidade de despesa financeira decorrente de empréstimo da contribuinte com sócia no exterior.

Por mais que a autoridade fiscal tenha manifestado o entendimento de que não ficou comprovada a real necessidade da geração de despesas financeiras, dado que elas não guardavam relação com a atividade da contribuinte e com manutenção da fonte produtora, a turma concluiu pela dedutibilidade tendo em vista que houve o cumprimento dos requisitos do mútuo, tais quais o registro no Banco Central e a adequada contabilização.

No Acórdão 1402-002.780 (de 17/10/17), foi negado provimento ao recurso voluntário por voto de qualidade. Para tanto, as despesas financeiras com partes relacionadas foram consideradas desnecessárias também para a CSLL, com base no artigo 13 da Lei n. 9.249/95, dispositivo no qual há menção da expressão "independentemente do disposto no artigo 47 da Lei 4.506/64", o que implicaria que o referido artigo 47 também se aplicaria para a CSLL.

Com relação aos acórdãos que se referiam a períodos posteriores à edição da Lei nº 12.249/10, destaque-se que no Acórdão 1402-002.342 (de 05/10/16), a turma negou provimento ao recurso de ofício, de forma unânime, em caso envolvendo a dedutibilidade de despesa financeira incorrida no ano-calendário de 2010.

Assim, prevaleceu o entendimento de que as regras de subcapitalização deveriam obedecer ao princípio da anterioridade sendo aplicáveis tão somente de 2011 em diante considerando que a conversão da Medida Provisória nº 472/09 somente ocorreu em 2010. Além disso, somente houve regulamentação da subcapitalização em 2011 com a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.154/11, que não previa a aplicação do seu teor para o ano de 2010, expressamente prevendo que sua vigência se inicia a partir de sua publicação.

No Acórdão 1302-002.011 (de 24/01/17), foi dado provimento, por unanimidade, ao recurso voluntário em caso que a credora do empréstimo no exterior era uma sociedade holding sediada na Dinamarca.

A autuação fiscal se baseava no fato de que a Instrução Normativa RFB nº 1.037/10 estabelecia que seria um regime fiscal privilegiado aquele aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de "*holding company*" que não exercessem atividade econômica substantiva.

Todavia, a turma firmou convicção de que no caso analisado não haveria comprovação por parte da autuação fiscal de que a sociedade *holding* não exercia atividade econômica substantiva, constando no voto que cabia ao autuante perquirir se a entidade tinha capacidade operacional e

instalações para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas à administração.

No Acórdão 1402-002.443 (de 10/04/17), a turma decidiu dar provimento ao recurso voluntário, por maioria de votos.

Nessa linha, a turma manifestou o entendimento de que as relações de endividamento internacional intragrupo são permitidas, desde que observadas as regras de subcapitalização instituídas pela Lei nº 12.249/10 e pela Instrução Normativa RFB nº 1.154/11.

Ademais, como resposta à premissa da autuação de que os recursos que ingressaram por meio de empréstimos deveriam ter sido internalizados como aumento de capital, a turma ponderou que as despesas com juros dos empréstimos equivaleriam aos valores de juros sobre o capital próprio a serem pagos à sócia investidora, que poderiam ser deduzidos se a contribuinte tivesse optado por aportar o mesmo montante do empréstimo no capital social da companhia.

No Acórdão 1201-003.083 (de 13/8/19), foi dado provimento, por maioria de votos, ao recurso voluntário. No presente caso, o acórdão recorrido da DRJ mencionava que a recorrente utilizou-se de um artifício contábil de registrar como empréstimo recursos que poderiam ter sido capitalizados.

Prevaleceu no Carf o entendimento de que os recursos do empréstimos foram incorporados ao patrimônio e empregados nas atividades da contribuinte, inexistindo comprovação de que haveria desproporção entre o mútuo e o capital social.

Assim, estaria errada a premissa da fiscalização de que houve a simulação de mútuo como forma de dissimular uma integralização de capital, uma vez que a possibilidade de aumento de capital seria uma opção e não uma obrigação.

Constou ainda no voto que não há que se perquirir o motivo do contribuinte ter optado pela forma de mútuo, visto que este é um procedimento usual e que haveria ainda a possibilidade de dedução de juros sobre o capital próprio caso os recursos tivessem ingressado por meio de aumento de capital.

No Acórdão 1301-004.133 (de 15/10/19), a turma deu provimento ao recurso voluntário por maioria de votos.

A autuação fiscal menciona que a opção do recebimento de recurso pela forma de mútuo em detrimento de aumento de capital teria acarretado a dedução indevida a títulos de despesas de juros.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que a forma de recebimento de recursos por uma entidade é uma decisão totalmente discricionária dos sócios, não havendo qualquer impedimento legal que obrigue ao aumento de capital da empresa como alternativa à realização de mútuo.

Caberia tão somente à autoridade fiscal observar se os contratos de mútuo com empresa ligada sediada na Holanda atenderam ou não os preceitos da Lei n. 12.249/10, sendo que no caso concreto a fiscalização sequer tangenciou a matéria ainda que a referida lei já estivesse

vigente.

No Acórdão 1201-003.203 (de 16/10/19), foi dado provimento ao recurso voluntário por maioria de votos.

Para tanto, foi preponderante o entendimento de que em nenhum momento a autoridade fiscal descaracterizou a existência e a efetividade do empréstimo, assim como não houve fundamentação pela fiscalização de descumprimento das regras de preços de transferência ou de subcapitalização.

Desse modo, a premissa de que a recorrente poderia ter recebido os recursos como aumento de capital ao invés de empréstimos carece de base legal, inexistindo dispositivo legal que autorize a desconconsideração de ato jurídico lícito e efetivo, como a operação de empréstimo externo sob a equivocada alegação de que a contribuinte poderia receber recursos como aumento de capital.

No Acórdão 1201-003.320 (de 12/11/19), foi negado provimento ao recurso voluntário por voto de qualidade.

No caso em tela, a atuação fiscal se fundamentou tanto na regra de subcapitalização considerando que o credor era beneficiário de regime fiscal privilegiado, quanto no fato que a despesa não seria necessária.

Nessa linha, a Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010 incluiu as "*holding companies*" holandesas como regime fiscal privilegiado, no entanto, a Instrução Normativa RFB nº 1.045/10 retificou este dispositivo de modo a incluir a ressalva de somente estaria abrangida no regime privilegiado a holding que não exercesse atividade econômica substantiva.

Ainda em 2010 por meio do Ato Declaratório Executivo nº 10/10, foi suspensa a execução do disposto na mencionada Instrução Normativa, sendo que o referido ato declaratório só veio a ser revogado em 2015 pelo Ato Declaratório Executivo nº 03/15.

No voto vencedor, o relator pontuou que a recorrente já sabia em 2011 que a sua credora era "*holding company*" holandesa e que havia restrição por conta da sua classificação como regime fiscal privilegiado, devendo arcar com as limitações de dedutibilidade de subcapitalização, bem como entendeu que a fiscalização conseguiu comprovar que a credora não tinha atividade econômica substantiva.

No que tange ao Ato Declaratório Executivo nº 10/10, constou no voto vencedor que a classificação como regime fiscal privilegiado permanecia vigente, estando apenas com a sua eficácia suspensa.

Em sentido oposto, houve declaração de voto no qual constou o entendimento de que não seria possível atribuir os efeitos de regime privilegiado até a edição do Ato Declaratório Executivo nº 03/15, sendo que a análise do pedido de revisão da condição de regime fiscal privilegiado somente produziria efeito a partir da data da publicação do ato declaratório que revoga o efeito suspensivo nos termos da Instrução Normativa nº. 1.530/14.

Nos Acórdãos 1402-004.360 e 1402-004.361 (de 21/01/20), foi negado provimento ao recurso voluntário por maioria de votos sob fundamento de que a subcapitalização estaria presente no ordenamento jurídico desde 1964 a partir da regra geral de dedutibilidade da despesa necessária, ainda que não houvesse regras específicas estabelecendo limites objetivos, o que só veio a surgir com a Lei nº 12.249/10, que já seria aplicável ao próprio ano-calendário de 2010.

No Acórdão 1401-006.291 (de 16/11/22), foi dado provimento ao recurso voluntário por maioria de votos.

A autuação fiscal partia da premissa que não se aplicaria o princípio da anterioridade (anual ou nonagesimal) às regras de subcapitalização instituídas pela então Medida Provisória nº 472/09, pois não haveria majoração de tributo, mas tão somente a definição de nova hipótese de incidência. No que tange à falta de regulamentação da referida norma para fins de determinação exata do cálculo do endividamento, constou no Acórdão da DRJ que em casos de dúvidas na aplicação da norma, a recorrente deveria ter formulado consulta sobre os dispositivos da legislação.

Por sua vez, preponderou no Carf o entendimento de que tendo em vista que a Medida Provisória foi convertida em lei em 11/6/10, ela não poderia ser aplicada em 2010. Ademais, a aplicação efetiva das normas de subcapitalização somente poderia ocorrer após a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.154/11, visto que até tal regulamentação, os artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 careciam de eficácia técnica.

Diante do exposto, nota-se que com a edição da Lei n. 12.249/10 foram criados limites objetivos à dedutibilidade dos juros, de forma que a maior parte dos acórdãos sobre o tema se refere aos primeiros períodos de aplicação da referida norma, mas ainda discute-se também a questão mais subjetiva sobre a necessidade da despesa financeira quando os recursos dos empréstimos poderiam ter ingressado nas entidades como capital social.

**Este texto não reflete a posição institucional do Carf, mas, sim, uma análise dos seus precedentes publicados no site do órgão, em estudo descritivo, de caráter informativo, promovido pelos seus colunistas.*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-out-18/direto-carf-precedentes-subcapitalizacao-carf/>