

Regras de Subcapitalização

Jurisdições de Tributação Favorecida/ Regime Fiscal Privilegiado

Gustavo L. Haddad

Novembro/ 2010

Novas Regras de Subcapitalização

Regras de Subcapitalização (*thin capitalization rules*)

- > Buscam evitar “erosão” da base tributária pelo excesso de endividamento e dedução de despesas de juros.
- > Adotadas em vários países membros da OCDE (EUA, Espanha, Reino Unido, México, dentre outros) e alguns países vizinhos como Argentina e Chile.
- > Consequências:
 - > Indedutibilidade da despesas de juros incidentes sobre o endividamento tido como “excessivo”
 - > Tratamento do excesso como dividendos (sujeito a tributação na fonte quando aplicável).

2

Regras de Subcapitalização (*thin capitalization rules*)

Duas posturas mais comuns:

- > *Arm's lenght*: testes com o propósito de verificar a condição de subcapitalização; e,
- > *Fixed debt equity ratio*: definição de relação mínima admitida entre dívida e capital. Exemplo: Brasil

3

Dedutibilidade de juros intra-grupo – Cenário anterior no Brasil

- > Regra geral: despesa útil e necessária à atividade da empresa (art. 299 do RIR/99)
- > Até 2009: limite de dedutibilidade nos casos de juros incorridos em empréstimos contraídos com partes vinculadas (regras de preços de transferência):
 - > Operações sujeitas a registro no BACEN: taxa registrada
 - > Operações não sujeitas a registro: base na taxa *Libor*, para depósitos em dólares dos EUA pelo prazo de 6 meses, acrescida de 3% anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros

4

Dedutibilidade de juros intra-grupo – Alterações recentes

- > Introdução das regras de subcapitalização pelos artigos 24 e 25 da Lei nº 12.249 (conversão da MP 472/09)
 - > Norma antielisiva específica contra endividamento excessivo pela criação de relação máximas de dívidas e capital

Exposição de Motivos da MP 472/09: “O art. 24 visa evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo realizado da seguinte forma: a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no País, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.”
 - > O requisito da necessidade das despesas e os limites das regras de preços de transferência continuam aplicáveis.

5

Dois testes diferentes

- > Endividamentos com pessoas vinculadas não residentes em jurisdições de tributação favorecida (“**JTF**”) ou sob regime fiscal privilegiado (“**RFP**”)
 - > Relação dívida-capital máxima é 2:1
- > Endividamentos com pessoas jurídicas residentes em JTF ou sob RFP, independentemente de serem vinculadas ou não
 - > Relação dívida-capital máxima é 0,3:1

6

Conceito de pessoas vinculadas

Art. 23 da Lei nº 9.430/1996

- I - matriz desta, quando domiciliada no exterior;
- II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;
- III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica; (...)

7

Conceito de pessoas vinculadas

- (...) VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;
- VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;
- IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;
- X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.”

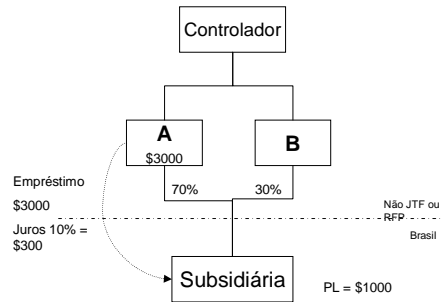
8

Primeiro teste: Endividamento com pessoas vinculadas não JTF/RFP

- > Endividamento com pessoa vinculada no exterior que detém participação na empresa investida residente no Brasil: 2x o valor de sua participação no PL da empresa investida residente no Brasil;
- > Endividamento com pessoa vinculada no exterior que não detém participação na pessoa jurídica residente no Brasil: 2x o valor do PL da empresa investida residente no Brasil;
- > Em ambos os casos, o valor total do somatório dos endividamentos (com vinculadas ou não) não pode ser superior a 2x o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no PL da pessoa jurídica residente no Brasil

9

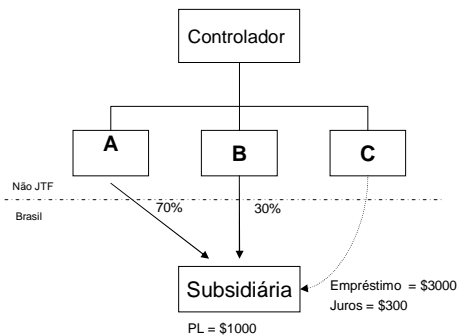
Exemplo – Empréstimo de empresa com participação



- ✓ Part. Soc. A ($70\% \times 1000$) = 700
- ✓ Dívida/ Capital na proporção 2:1 = 1400
- ✓ Proporção = $1400 \div 3000 = 46,67\%$
- ✓ Juros dedutíveis = $\$300 \times 46,67\% = 140$
- ✓ Parcela não dedutível = 160

10

Exemplo - Empréstimo de empresa sem participação



- ✓ Part. C = não há
- ✓ Part. todas as relacionadas (100%) = 1000
- ✓ Dívida/ Capital na proporção 2:1 = 2000
- ✓ Proporção = $2000 \div 3000 = 66,67\%$
- ✓ Juros dedutíveis = $\$300 \times 66,67\% = 200$
- ✓ Parcela não dedutível = 100

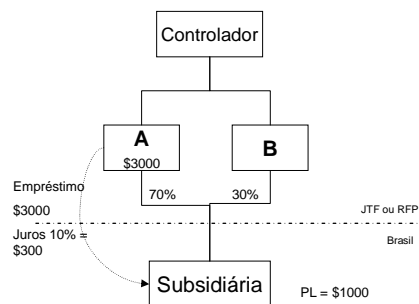
11

Segundo teste: Endividamento com JTF/RFP

- > Endividamento com JTF/RFP não pode ser superior a 30% do valor do PL da pessoa residente no Brasil;

12

Exemplo – JTF e RFP



- ✓ PL total = 1000
- ✓ Dívida/ Capital na proporção 0,3:1 = 300
- ✓ Proporção = $300 \div 3000 = 10\%$
- ✓ Juros dedutíveis = $\$300 \times 10\% = 30$
- ✓ Parcela não dedutível = 270

13

Outros aspectos

- > Regras também se aplicam a endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa vinculada ou JTF/RFP;
- > Endividamento inclui todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no BACEN
- > Os valores do endividamento e da participação da vinculada no patrimônio líquido serão apurados pela média ponderada mensal
- > Operações de repasse: regras não são aplicáveis
- > Dois testes são independentes: possibilidade de otimizar a relação para 2,3:1

14

Questões para discussão

- > Aplicação em 2010 (artigo 62, parágrafo 2º da CF/88)
- > Endividamento cujo credor é residente no Brasil (e.g banco brasileiro) mas garantido por parte vinculada no exterior
- > Tratados para Evitar a Dupla Tributação: Limitação às regras de subcapitalização? (artigo 24, parágrafos 4º e 5º do modelo OCDE)

15

Jurisdição com tributação favorecida e regime fiscal privilegiado

Histórico

- 1996** Artigo 24 da Lei 9.430/96: introdução do conceito de JTF
- 1999** Lei 9.779/99: majoração da alíquota de IRRF para 25% nos pagamentos para JTF
- 2002** Lei 10.451/02: amplia o conceito de JTF para abranger os países cuja legislação oponha sigilo relativo à composição societária para fins de aplicação das regras de PT
- 2002** IN 188/20: lista os países considerados como JTF
- 2008** Lei 11.727/08: introduz o conceito de RFP
- 2009** Lei 11.941/09: esclarecimento sobre a abrangência da expressão RFP
- 2010** IN 1.037/10: amplia a lista dos países considerados como JTF e RFP
- 2010** IN 1.045/10: regula o pedido de revisão do enquadramento como JTF ou RFP – suspensa a inclusão da Suíça e Países Baixos

Paraísos fiscais (“JTF”)

- > Países que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (art. 24 da Lei nº 9.430/96)
 - > Carga tributária efetiva x alíquota nominal (20%) – Ex.: Antilhas Holandesas
 - > “*Natureza do ente com o qual houver sido praticado a operação*” (Parágrafo 1º)
 - > Regra geral aplicável a pessoa jurídica/pessoa física
 - ou
 - > Critério subjetivo: tipo de pessoa, tipo de sociedade, setores específicos, etc.
 - > “*Tributação do trabalho ou do capital, bem como as dependências do país de residência ou domicílio*” (art. 24, parágrafo 3º)

18

Paraísos fiscais (“JTF”)

“*Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.*” (§4º do art. 24 da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pela Lei nº 11.727/08)

- > Instrução Normativa nº 1.037/10
 - > Lista das jurisdições
 - > taxativa x exemplificativa
 - > taxatividade (Instrução Normativa nº 1.037/10, Soluções de Consulta* e art. 43, § 1º da Instrução Normativa nº 25/01)
 - > natureza das normas infralegais

* Sol. de Consulta nº 37/2003, 136/2002, 143/2000

19

Paraísos fiscais (“JTF”)

> Lista de JTF prevista pela Instrução Normativa nº 1.037/10:

Andorra	Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark)	Hong Kong	Ilhas Marshall	San Marino
* Ilhas Ascensão	Granada	* Ilhas Solomon	* St. Kitts e Nevis	* Suazilândia
Anguilla	Ilhas Cayman	Lebuan	Ilhas Maurício	São Vicente e Granadinas
Antígua e Barbuda	Chipre	Libano	Mônaco	* Ilha de São Pedro e Miguelão
Antilhas Holandesas	Cingapura	Libéria	Ilhas Montserrat	Seychelles
Aruba	Ilhas Cook	Liechtenstein	Nauru	Emirados Árabes Unidos
Comunidade das Bahamas	República da Costa Rica	Tonga	Ilha Niue	Ilhas Turks e Caicos
Bahrein	Djibouti	Santa Lúcia	Sultanato de Omã	* Tristão da Cunha
Barbados	Dominica	Macau	Panamá	Ilhas Virgens Americanas
Belize	* Ilha Queshm	Ilha da Madeira	Federação de São Cristóvão e Nevis	Ilhas Virgens Britânicas
* Brunei	* Kiribati	Maldivas	* Polinésia Francesa	Campione D'Italia
* Ilha Pitcairn	Gibraltar	Ilha de Man	Samoa Americana	Samoa Ocidental
* Ilhas Norfolk		Vanuatu		* Ilhas de Santa Helena
Ilhas Bermudas				

Obs.: A inclusão da Suíça na lista de paraísos fiscais encontra-se suspensa por força do ADE 11/2010

* Inclusões recentes

20

Regime Fiscal Privilegiado (“RFP”)

Art. 24-A da Lei 9.430/96

“Art. 24-A: Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior.

Parágrafo único. Para efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que:

I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);

(...)

21

Regime Fiscal Privilegiado (“RFP”)

(...)

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:

- a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
- b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.”

22

Regime Fiscal Privilegiado (“RFP”)

Lista prevista pela Instrução Normativa nº 1.037/2010:

- > **Luxemburgo** - o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company
- > **Uruguai** - o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de “Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)” até 31 de dezembro de 2010
- > **Dinamarca** - o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva
- > **Islândia** - o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC); (...)

23

Regime Fiscal Privilegiado (“RFP”)

(...)

- > **Hungria** - regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de offshore KFT
- > **Estados Unidos da América** - o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Limited Liability Company (LLC) estaduais, cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal
- > **Espanha** - o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVEs)
- > **Malta** – o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC) e de International Holding Company (IHC)

Obs.: A inclusão do Reino dos Países Baixos na lista de regimes fiscais privilegiados (relativamente às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Holding Company) encontra-se suspensa por força do ADE 10/2010

24

Quadro resumo – Impactos em operações com JTF/RFP

	JTF	RFP
Aplicação das regras de preços de transferência	Sim	Sim
Majoração da alíquota do IRRF de 15% para 25% incidente sobre a maioria dos rendimentos e ganhos de capital pagos ou creditados ao beneficiário não residente	Sim	Não
Não aplicação do regime benéfico para investidores estrangeiros no mercado financeiro e de capitais – Res. CMN 2.689	Sim	Não

25

Quadro resumo – Impactos em operações com JTF/RFP

	JTF	RFP
Não aplicação do regime favorecido para FIPs e títulos públicos federais	Sim	Não
Aplicação das regras de subcapitalização	Sim	Sim
Aplicação das regras de dedutibilidade mais gravosa – Art. 26 da lei nº 12.249/2010	Sim	Sim

26

Manifestações sobre o tema

- **Decreto nº 6.761/09:** “Art. 1º - Fica reduzida a zero a alíquota do imposto sobre a renda incidente sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, relativos a: (...) § 4º Os rendimentos mencionados nos incisos I a V do caput, recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país ou dependência que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento”
- **Solução de Consulta nº 52/10 – 4ª Região Fiscal:** “As importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para beneficiário residente ou domiciliado no exterior, sob regime fiscal privilegiado, a título de juros sobre o capital próprio, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento). Na espécie, trata-se de pessoa jurídica constituída sob a forma de "Limited Liability Company", situada em Delaware, Estados Unidos da América, cuja participação é composta de não residentes, não sujeita ao Imposto de Renda Federal, no tocante à legislação norte-americana”

27

Dedutibilidade mais gravosa – JTF/RFP

> Artigo 26 da Lei nº 12.249/2010:

“Art. 26. Sem prejuízo das normas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, não são dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, na forma dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, salvo se houver, cumulativamente:

- I - a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias;
- II - a comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e
- III - a comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso I do caput deste artigo, considerar-se-á como efetivo beneficiário a pessoa física ou jurídica não constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária que auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.

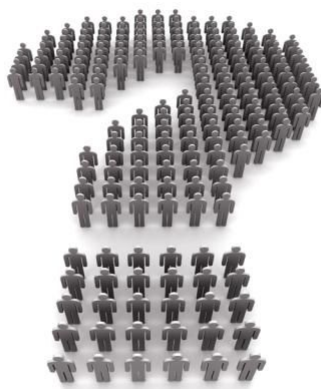
§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao pagamento de juros sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

§ 3º A comprovação do disposto no inciso II do caput deste artigo não se aplica no caso de operações:

- I - que não tenham sido efetuadas com o único ou principal objetivo de economia tributária; e
- II - cuja beneficiária das importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a título de juros seja subsidiária integral, filial ou sucursal da pessoa jurídica remetente domiciliada no Brasil e tenha seus lucros tributados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

28

Dúvidas?



Contato

Gustavo Haddad
Sócio



Tel: +55 11 3024 6312
E-mail: gustavo.haddad@linklaters.com