

A ANTINOMIA DAS NORMAS VEICULADAS PELA LEI N. 12.249/10 DIANTE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS INVESTIMENTOS REALIZADOS POR ESTRANGEIROS NO BRASIL

André Ricardo Passos de Souza

I. Tema em debate

Trataremos no presente trabalho das normas que regulam a tributação da renda auferida pelos investidores estrangeiros no Brasil, na tentativa de situá-las em um contexto jurídico e institucional, visando a uma interpretação consoante o ordenamento jurídico vigente e os pressupostos jurídicos de sua formulação.

As dúvidas da sociedade começaram com as inovações trazidas pelas Leis n. 11.941, de 27 de maio de 2009, e n. 11.727, de 23 de junho de 2008, que alteraram a redação da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (“Lei 9.430/96”), trazendo um novo conceito de “Regime Fiscal Privilegiado” inserido nos artigos 24-A e 24-B da Lei 9.430/96, que, além de violar os princípios da estrita legalidade e da igualdade, insculpidos em nossa ordem constitucional, viola frontalmente o disposto nas normas de Direito Internacional consagradas e ratificadas pelo Brasil por meio dos acordos que visam evitar a dupla tributação da renda.

Ademais, as normas introduzidas em nosso ordenamento jurídico pelos artigos 24 a 26 da Medida Provisória n. 472, de 15 de dezembro de 2009, convertida na Lei n. 12.249/10, terminam por utilizar a nova expressão, criada pela legislação que a antecedeu, vazia de sentido e de significado jurídico, referida apenas como “Re-

gime Fiscal Privilegiado”, de modo a criar novos mecanismos de taxaço de despesas e um regime de *thin capitalization rules*, até então inédito, para um país que precisa “fechar as contas” de sua balança comercial e suprir o vácuo de recursos para investimentos públicos com a entrada de generosas somas de recursos estrangeiros.

Em outras palavras, o “mosaico” de normas fiscais de conteúdo vazio e de aderência duvidosa ao ordenamento jurídico internacional objeto de criação da administração tributária federal e que, via de regra, tem sido veiculado por atos normativos expedidos pelo Poder Executivo ou, até mesmo, com a preciosa colaboração do Congresso Nacional, tem contribuído em grande medida para o aumento do custo de captação de recursos estrangeiros, seja através do aumento do custo tributário vinculado aos financiamentos internacionais, seja através da insegurança jurídica do investidor.

Tais medidas se situam na contramão do esforço feito pela autoridade monetária, ladeada pelo Governo Federal e pela classe empresarial brasileira, para a manutenção das taxas de juros em patamares racionais e de viés de crescimento para nossa economia.

Desta forma, o presente estudo tem por finalidade a tentativa de situar as novas normas dentro de um contexto institucional e jurídico das regras harmônicas que suportam o investimento estrangeiro no Brasil.

II. Do conflito de normas

O conflito de normas jurídicas é decorrência lógica do sistema do direito positivo. Em verdade, o direito positivo pressupõe sistematização das normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico em um Estado de Direito.

Nesse sentido, no dizer do Ministro Eros Roberto Grau, o sistema jurídico pressupõe:

Do direito falamos, com freqüência, referindo-o como “sistema jurídico”. Com isso queremos, conscientemente ou não, aludir ao “sistema do direito” ou ao “sistema” que o direito é. Tomamos, então, o direito como sistema.

Cada sistema apresenta duas faces, pode ser visualizado desde dois prismas: o dos conhecimentos e o dos objetos do conhecimento. Assim, cogitamos do sistema científico (sistema de conhecimentos) e do sistema objetivo (sistema de objetos do conhecimento). Um sistema supõe ordenação e unidade (ordenação interior e unidade de sentido).

No direito, dominado pelos sentidos axiológico e teleológico, a idéia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar adequadamente os dados axiológicos do direito (Canaris 1989/18). Daí cuidar-se, no caso do direito, de adequação valorativa.¹

E prossegue o autor cuidando de definir o verdadeiro significado do que seja “sistema jurídico” em sua concepção, *in verbis*:

“Podemos definir sistema jurídico (cada sistema jurídico) como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito (Canaris 1989/77). Não se trata, note-se bem, de ordem de normas, conceitos, institutos, valores ou axiomas, mas de ordem de princípios gerais.

A conexão aglutinadora das normas que compõe o sistema jurídico – daí a sua unidade – encontra-se nos princípios gerais do direito.

Mas é necessário sabermos, não obstante, que os princípios – como veremos mais adiante – também são normas. As normas compreendem um gênero do qual são espécies, as regras e os princípios. Além disso, como não há, concretamente, o direito, senão os direitos, devo reiterar: esses princípios gerais do direito

1. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. 316 p.

realizam-se, concretamente, no bojo de cada direito, como princípios gerais do (deste) direito.”²

Ora, cuidaremos da antinomia que pressupõe oposição. Oposição pressupõe existência de outras regras coexistentes em um sistema lógico-interpretativo construído de princípios e normas jurídicas que, por sua vez, se complementam ou se anulam a depender do caso concreto em exame.

Ao intérprete da norma jurídica, como nos ensina Hans Kelsen, cabe distinguir as situações postas no ato cognitivo da realização da interpretação jurídica e ao “intérprete autêntico” cabe o mesmo percurso cognitivo, com uma diferença, entretanto, a capacidade de criar direito, conforme se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando essa interpretação assuma forma de uma lei ou de um tratado de Direito Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilida-

2. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. 316 p.

des reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.³

Destarte, antinomia pressupõe a existência de um “sistema jurídico” e a realização pelo intérprete, seja ele “autêntico” ou não, do processo cognitivo de interpretação da norma, valorando-a e confrontando-a com as demais normas e princípios que formam o denominado ordenamento jurídico para dela extrair o seu real significado e aplicação.

Dentro desta lógica, vislumbramos os conflitos de normas, objeto do estudo em questão, como decorrentes da dialética entre as normas que regem os investimentos de capital estrangeiro no Brasil, bem como as suas aplicações e investimentos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, em oposição às novas normas que regem a tributação desses investimentos, mormente aquelas veiculadas pela Lei n. 12.249/10. As normas contidas neste diploma legal conflitam ainda, a nosso ver, com as normas que regem a tributação internacional da renda auferida por estrangeiros no Brasil e o sistema já posto de tributação desses rendimentos pela fonte pagadora dos recursos (entidades brasileiras tomadoras de recursos ou financiamentos oriundos do exterior), conforme verificaremos mais adiante.

É nesse contexto que trataremos de conflitos de normas e de sua interpretação dentro da antinomia aparente que nos propusemos a discutir neste trabalho.

Tal situação, ademais, a nosso ver, se afigura como uma questão típica do século XX, acentuada pela “crise institucional” do Estado Nacional vivida nos séculos XX e XXI, que decorre basicamente da erosão do Estado Nacional, formado na Idade Moderna,

3. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 427 p.

diante do processo de “flexibilização” das jurisdições nacionais pelos mecanismos supranacionais e pela globalização e “atomização” da economia da nova sociedade dos “*bits*” e “*sites*”.

Nesse sentido, o Estado Nacional sempre tende a criar uma espécie de “proteção institucional” ao interesse de suas classes dominantes, transmutando e confundindo o regime democrático que estão adstritos, cabendo, aos intérpretes da Lei, a reconstrução formal do arcabouço normativo em que se inserem os sistemas jurídicos nacionais e a sua conformação à nova ordem mundial, que se nos apresenta e se modifica em um processo dialético constante.

III. Conjunto das regras trazidas pelas Leis n. 11.727/08, 11.941/09 e 12.249 – a legislação sob estudo

Com efeito, o cenário normativo de que trataremos começou a ser modificado com o advento da Lei n. 11.727/08, anterior à crise internacional que sucedeu à quebra do Lehman Brothers, em que o legislador, num primeiro momento e, a rigor, seguindo uma tendência apontada pelos organismos internacionais e notadamente (e principalmente) a OCDE – Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento – cunhou e promulgou as normas veiculadas pelo art. 22 da Lei n. 11.727, que reenumerou o art. 24 da Lei n. 9.430/96 para incluir o seguinte conteúdo, *verbis*:

Art. 22. O art. 24 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

“Art. 24. (...)

§ 4º 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.” (NR)

Art. 23. A Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 24-A e 24-B:

“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);

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.

Art. 24-B. O Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer os percentuais de que tratam o caput do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos desta Lei.

Parágrafo único. O uso da faculdade prevista no caput deste artigo poderá também ser aplicado, de forma excepcional e restrita, a países que componham blocos econômicos dos quais o País participe.”

De certa forma, as disposições acima, incluíram, tão somente, no parágrafo 4º da referida Lei, alguns pressupostos para definir “país ou dependência com tributação favorecida”, além de instituir o conceito de “regime fiscal privilegiado”, sem, no entanto, alterar, naquele momento, a listagem das jurisdições definidas como “países ou dependências de tributação favorecida” (conforme o dispo-

to pela Instrução Normativa RFB n. 188/02). Não nos deteremos, por ora, nas consequências jurídicas advindas da veiculação dessa norma, sendo certo que o contexto geral, a partir dessa ocasião, começou a descortinar a visão que ora se comenta acerca dos investimentos estrangeiros e de seu tratamento atual pelo Direito Tributário Brasileiro.

Somente em maio de 2009, já após o advento da crise financeira internacional de setembro de 2008, o art. 30 da Lei n. 11.941, conversão da Medida Provisória n. 449/08, trouxe nova redação ao artigo 24-A, acima citado, para definir que “regime fiscal privilegiado” é aquele que apresentar uma ou mais das características listadas nos incisos do parágrafo único do art. 24-A, da Lei n. 9.430/96.

Descortinou-se, nesse momento, o cenário propício à inserção no Direito Tributário Brasileiro das normas que viriam a dar maior aplicabilidade ao recém-criado conceito de “regime fiscal privilegiado” que, até então, carecia de uma melhor regulamentação e, até mesmo, de uma lista própria que lhe daria o condão de norma autoaplicável dentro dos padrões de atuação que vinham sendo estabelecidos pelas autoridades fiscais brasileiras⁴. Vejamos agora,

4. Instrução Normativa RFB n. 1.037, de 4 de junho de 2010: Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 261 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n. 125, de 4 de março de 2009, e tendo em vista o disposto no art. 24 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; no art. 8º da Lei n. 9.779, de 19 de janeiro de 1999; no art. 7º da Lei n. 9.959, de 27 de janeiro de 2000; no § 1º do art. 29 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, no § 2º do art. 16 da Medida Provisória n. 2.189-49, de 23 de agosto de 2001, nos arts. 3º e 4º da Lei n. 10.451, de 10 de maio de 2002, e nos arts. 22 e 23 da Lei n. 11.727, de 23 de junho de 2008, resolve: Art. 1º Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legis-

então, as inovações trazidas pela Lei n. 12.249/10 no que concerne

lação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições: I - Andorra; II - Anguilla; III - Antígua e Barbuda; IV - Antilhas Holandesas; V - Aruba; VI - Ilhas Ascensão; VII - Comunidade das Bahamas; VIII - Bahrein; IX - Barbados; X - Belize; XI - Ilhas Bermudas; XII - Brunei; XIII - Campione D'Italia; XIV - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); XV - Ilhas Cayman; XVI - Chipre; XVII - Cingapura; XVIII - Ilhas Cook; XIX - República da Costa Rica; XX - Djibouti; XXI - Dominica; XXII - Emirados Árabes Unidos; XXIII - Gibraltar; XXIV - Granada; XXV - Hong Kong; XXVI - Kiribati; XXVII - Lebuán; XXVIII - Líbano; XXIX - Libéria; XXX - Liechtenstein; XXXI - Macau; XXXII - Ilha da Madeira; XXXIII - Maldivas; XXXIV - Ilha de Man; XXXV - Ilhas Marshall; XXXVI - Ilhas Maurício; XXXVII - Mônaco; XXXVIII - Ilhas Montserrat; XXXIX - Nauru; XL - Ilha Niue; XLI - Ilha Norfolk; XLII - Panamá; XLIII - Ilha Pitcairn; XLIV - Polinésia Francesa; XLV - Ilha Queshm; XLVI - Samoa Americana; XLVII - Samoa Ocidental; XLVIII - San Marino; XLIX - Ilhas de Santa Helena; L - Santa Lúcia; LI - Federação de São Cristóvão e Nevis; LII - Ilha de São Pedro e Miguelão; LIII - São Vicente e Granadinas; LIV - Seychelles; LV - Ilhas Solomon; LVI - St. Kitts e Nevis; LVII - Suazilândia; LVIII - Suíça; (Vide Ato Declaratório Executivo RFB n. 11, de 24 de junho de 2010); LIX - Sultanato de Omã; LX - Tonga; LXI - Tristão da Cunha; LXII - Ilhas Turks e Caicos; LXIII - Vanuatu; LXIV - Ilhas Virgens Americanas; LXV - Ilhas Virgens Britânicas. .Art. 2º São regimes fiscais privilegiados: I - com referência à legislação de Luxemburgo, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company; II - com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de "Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)" até 31 de dezembro de 2010; III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company; IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company; III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB n. 1.045, de 23 de junho de 2010); IV - com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; (Redação dada pela Instrução Normativa RFB n. 1.045, de 23 de junho de 2010) (Vide Ato

aos critérios de *discriminem* entre os investimentos de capital nacional e aqueles de capital estrangeiro no universo em que se situam tais regras, no Direito Brasileiro:

Começemos, pois, com as normas veiculadas pelos arts. 24 e 25 da referida Lei.

Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, vinculada nos termos do art. 23 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo aos seguintes requisitos:

I - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada

Declaratório Executivo RFB n. 10, de 24 de junho de 2010); V - com referência à legislação da Islândia, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC); VI - com referência à legislação da Hungria, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de offshore KFT; VII - com referência à legislação dos 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; ou; VIII - com referência à legislação da Espanha, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (E.T.V.Es.); IX - com referência à legislação de Malta, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC) e de International Holding Company (IHC). Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. Art. 4º Fica revogada a Instrução Normativa SRF n. 188, de 6 de agosto de 2002. OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

II - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que não tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

III - em qualquer dos casos previstos nos incisos I e II, o valor do somatório dos endividamentos com pessoas vinculadas no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 1º Para efeito do cálculo do total de endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa vinculada.

§ 3º Verificando-se excesso em relação aos limites fixados nos incisos I a III do caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei n. 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.

§ 4º Os valores do endividamento e da participação da vinculada no patrimônio líquido, a que se refere este artigo, serão apurados pela média ponderada mensal.

§ 5º O disposto no inciso III do caput deste artigo não se aplica no caso de endividamento exclusivamente com pessoas vinculadas no exterior que não tenham participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 6º Na hipótese a que se refere o § 5º deste artigo, o somatório dos valores de endividamento com todas as vinculadas sem par-

ticipação no capital da entidade no Brasil, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não poderá ser superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 7º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei n. 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente ao requisito de que o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 1º Para efeito do cálculo do total do endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for residente ou constituído em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

§ 3º Verificando-se excesso em relação ao limite fixado no caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei n. 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.

§ 4º Os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Tais normas visaram criar um rol de condições adicionais àquelas previamente estabelecidas no art. 47 da Lei n. 4.506/64, para a dedução das despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos internacionais obtidos por pessoa jurídica brasileira, junto a pessoas “vinculadas” residentes e domiciliadas no exterior.

Pressupôs, ao fim e ao cabo, o legislador, que tais empréstimos poderiam ter o condão de reduzir, indevidamente, os resultados tributáveis dos mutuários destes recursos residentes e domiciliados no Brasil, em detrimento dos mutuantes situados no exterior, sejam estes mutuantes residentes em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, ou pessoa vinculada ou, de algum modo, “relacionada” à mutuária brasileira, sem, contudo, aplicar o mesmo critério aos empréstimos tomados por companhias nacionais a partes relacionadas residentes ou domiciliadas no Brasil.

Destarte, resta claro pela simples leitura das normas acima que o legislador elegeu critérios de *discriminem*; dois deles subjetivos quanto ao mutuante: i) ser pessoa jurídica estrangeira e ii) ser relacionado ao mutuário ou estar situado em regime fiscal privilegiado ou país com tributação favorecida; e um deles cumulativo e objetivo, qual seja, iii) ter o mutuário endividamento superior a duas vezes seu patrimônio líquido ou a maior em 30% do seu patrimônio líquido; para fazer valer a consequência jurídica mais

gravosa e adicional “*sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei n. 9.430/96*” preocupando-se, por decorrência, em estabelecer inédito regime de subcapitalização no Direito Brasileiro, regime este que será mais bem analisado adiante com suas consequências jurídicas específicas.

Nessa mesma linha, o artigo 26 da citada Lei estabeleceu, *verbis*:

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 n. 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 n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Referida norma, por sua vez, criou regra geral de vedação às despesas de qualquer ordem pagas a beneficiário no exterior que esteja situado em “paraíso fiscal” ou “regime fiscal privilegiado” desde que comprovadas a sua usualidade e necessidade na forma, a rigor, que já estava posta no art. 47, da Lei n. 4.506/64.

Destarte, tais normas tiveram o condão de criar nova moldura jurídica para a interpretação das normas que regem a tributação dos investimentos estrangeiros no mercado brasileiro, espalhando seus efeitos aos tomadores e emprestadores de recursos financeiros de origem alienígena no mercado brasileiro, tarefa sobre a qual nos debruçaremos neste trabalho, de modo a buscar o melhor sentido das mesmas dentro da “moldura” em que se insere o Sistema Financeiro Nacional e as normas que regem os investimentos no mercado de capitais.

IV. Regramento aplicável ao capital estrangeiro no ordenamento jurídico pátrio

Desde os idos da década de 60 (sessenta), o investimento estrangeiro no Brasil tem na Lei n. 4.131, de 03 de setembro de 1962, modificada pela Lei n. 4.390, de 29 de agosto de 1964, e regulamentada pelo Decreto n. 55.762, de 17 de fevereiro de 1965, seus principais estatutos. Tais estatutos funcionam como uma espécie de “espinha dorsal” com *status* de Lei Complementar, que regem e garantem exequibilidade ao disposto no artigo 172, da Constituição

Federal de 1988, que, por sua vez, determina que “*A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros*”.

Nesse sentido, e comentando o fato de a Constituição Federal versar sobre matérias atinentes ao campo da legislação ordinária, mormente em se tratando de temas relacionados à regulação da ordem econômica, Celso Ribeiro Bastos, em sua festejada obra sobre o tema, assim se posiciona, *verbis*:

Fica assim posta no ar a questão: A matéria relativa à ordem econômica é própria da Constituição ou encontra o seu assento mais adequado na legislação ordinária?

Sobre a matéria constitucional já tivemos a oportunidade de versar a questão no nosso primeiro volume. Em síntese ali concluímos que a matéria constitucional é de difícil demarcação, estando os autores mais de acordo sobre alguns pontos mínimos que não podem deixar de figurar em toda Constituição, do que sobre as questões que não possam ter acesso a uma Constituição. Estas tergiversações doutrinárias são de pequeno alcance, ante o fato inconteste de que tudo que se insere na Constituição passa a beneficiar-se do seu regime próprio. Portanto, são de pouco ou nenhum alcance a classificação das normas constitucionais entre aquelas que teriam matéria desta natureza e aquelas outras que só constitucionais seriam por integrarem o corpo da Lei Maior.

Isto, contudo, não invalida o juízo sobre a conveniência de se tratar longamente da matéria econômica na Constituição. Quanto a este ponto, a impressão que se extrai do título, cujos comentários ora se iniciam, é que ingressou ele por minúcias excessivas, podendo trazer sérios danos à condução da vida econômica. Certas mudanças que se queriam imprimir em determinadas matérias ficaram na dependência de uma emenda à Constituição, que acaba por traduzir-se num elemento de rigidez na regulação da ordem econômica.

Assim, embora não se possa contestar que a ordem econômica, por inserir-se na Constituição, tornou-se matéria constitucional, nem por isso se deve deixar de denunciar os exageros do consti-

tuinte, que levou para o bojo da Lei Maior normas que quadravam muito bem no contexto em que elas se encontravam, qual seja o da lei ordinária.⁵

Em outras palavras, em matéria de capital estrangeiro, a Constituição claramente delegou ao legislador ordinário a missão de traduzir os melhores conceitos e princípios atinentes à sua regência na ordem econômica constitucional, sendo que ao fazê-lo, o fez com escopo, fundamento, institutos e mecanismos que já estavam presentes em nosso ordenamento jurídico pretérito à Constituição, absorvendo-o, recepcionando-o e emprestando-lhe institucionalidade e dinamismo ao mesmo tempo, na medida em que se poderá modificá-lo por nova legislação que lhe sobrevenha, sem, contudo, violar-lhe os princípios inculpidos e recepcionados constitucionalmente no capítulo destinado ao trato constitucional da ordem econômica, que garantem a igualdade entre o capital estrangeiro e o capital nacional (mormente após o advento da Emenda Constitucional n. 06/95 que revogou expressamente o artigo 171 da Constituição Federal), garantindo, ao fim e ao cabo, aos investidores estrangeiros, o repatriamento do capital investido, bem como os rendimentos gerados por este capital.

Corrobora nosso entendimento a linha esposada por Gastão Alves de Toledo que, em brilhante trabalho sobre a ordem econômica e financeira na Constituição Federal de 1988, assim se posicionou sobre o tema, *verbis*:

O art. 172 prevê que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

5. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1968*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 6-7.

O assunto já estava regulado pela Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, que em nada discrepa da principiologia adotada pela atual Carta. Recepcionado pela Constituição, nela se encontram as normas acerca de investimentos e reinvestimentos de capital estrangeiro, as quais conseguiram sobreviver ao tempo.

Editada em momento de grande instabilidade política, veio, no entanto, estabelecer as bases conceituais e jurídicas do capital estrangeiro, fixando-lhe o regime e conferindo a necessária segurança aos investidores, tanto no que se refere ao sistema de registro de capitais quanto ao mecanismo de remessa de lucros, dividendos e “royalties” devidos pela exploração de patentes ou marcas, ou por assistência técnica, administrativa e semelhantes, cabendo ao Banco Central do Brasil, que substituiu a Superintendência da Moeda e do Crédito, consoante dispôs a Lei n. 4.595/64, toda a missão administrativa de estabelecer-lhe os parâmetros e exercer o respectivo controle.⁶

Para ilustrar a importância desta norma para o regramento do capital estrangeiro no nosso ordenamento jurídico pátrio, cumprenos transcrever a lição de Fábio Nusdeo acerca do tema, *verbis*:

Nessas condições, não se podia falar num estatuto ou num regime do capital estrangeiro. Isto somente veio a acontecer com edição em 1962 da Lei 4.131 de 03 de setembro daquele ano, logo mais modificada pela Lei 4.390 de 1964, a qual alterou alguns de seus dispositivos antes mesmo que ela fosse regulamentada. Feita essa modificação, aquele diploma passou a gozar de uma excepcional longevidade, em termos de legislação econômica brasileira, pelo fato de ter conseguido manter-se virtualmente inalterado até o início da década de noventa, quando modificações, sobretudo no campo fiscal, bem como no do seu escopo e abrangência passaram a ocorrer, não tanto por via legislativa, mas sobretudo por meio da edição de sucessivas normas regulamentares pela agência

6. TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem econômica e financeira. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Traçado de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335-336.

encarregada de superintender o seu fluxo, ou seja, o Banco Central do Brasil. Este, por meio de inúmeras resoluções, circulares e cartas circulares, em boa parte, “legisla” sobre a matéria, funcionando a Lei 4.131/62 mais ou menos como uma espécie de loi cadre de que falam os doutrinadores franceses para designar leis de caráter geral e amplo que apenas desenham um quadro normativo, cuja implementação operacional é entregue a agências reguladoras, dotadas, portanto, de grande poder normativo. É o que se dá no campo do mercado de capitais com a Comissão de Valores Mobiliários e com tantos outros órgãos nas respectivas áreas de atuação.⁷

Com efeito, referida Lei, em seu artigo 1º, nos traz a definição de capital estrangeiro adotada pelo sistema jurídico brasileiro como sendo “*os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior*”.

Por outro lado, o artigo 2º da referida Lei, confere ao capital estrangeiro investido no Brasil isonomia de tratamento em relação ao capital nacional pontificando, *verbis*: “*Ao capital estrangeiro que se investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei*”.

A premência de um tratamento isonômico, baseado no disposto no artigo 2º Lei n. 4.131/62, dispositivo este recepcionado pela Constituição vigente, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de

7. NUSDEO, Fábio. O regime do investimento estrangeiro no Brasil: evolução recente. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 26-32, jul.-set. 2000.

Justiça, conforme se depreende da leitura do trecho do voto do Excelentíssimo Ministro José Delgado, abaixo transcrito:

O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento, nos termos do art. 2º da Lei n. 4.131/62, o qual foi recepcionado pelo art. 172 da Constituição vigente. Não estou fundando o voto em normas constitucionais e, sim, em princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Com base nesses preceitos, estou interpretando as normas infraconstitucionais postas em discussão.

Por existir um tratamento equiparado, legalmente reconhecido no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas.

(...)

Com a devida vênia, é pensamento tributário do início do século XX, e não do século XXI, quando o fenômeno “Globalização” está envolvendo e até chegando ao ponto de diminuir a expansão do conceito de soberania.

Destaco ainda, Sr. Presidente, eminentes Ministros, com a devida vênia, outro trecho em que o autor da ação presta culto aos princípios aqui enumerados inicialmente, da chamada tributação internacional ou oportunidade de dupla tributação:

“Princípio da interdição de tratamento discriminatório em matéria tributária sobre capital estrangeiro e a garantia constitucional de livre concorrência”.

O art. 24 do Convênio nada mais fez do que homenagear esse princípio, que é, hoje, muito trabalhado nas relações jurídicas tributárias internacionais, em que se procura resguardar a garantia constitucional da livre concorrência e se evitar a discriminação ao capital estrangeiro para facilitar as relações econômicas e, conseqüentemente, as relações tributárias.

Também destaca-se o chamado princípio de uniformidade de tratamento tributário. (trecho do voto condutor do Ministro José Delgado no julgamento do RESP n. 426.945/PR – 25.08.2004 – grifamos)

Nesse sentido, inclusive, já decidiram as autoridades administrativas federais em Solução de Consulta cujo trecho destacamos abaixo, *verbis*:

Por se tratar de investidor estrangeiro, residente em país que não mantém acordo com o Brasil destinado a evitar dupla tributação (fato este irrelevante para o caso apresentado), há que se observar a legislação tributária interna (Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995) que ao tratar da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados no Exterior, assim dispôs:

Art. 78. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos:

I – rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

II – ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

III – rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

Parágrafo único. Sujeitam-se à tributação pelo Imposto de Renda, nos termos dos arts. 80 a 82, os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações financeiras, auferidos por fundos, sociedades de investimento e carteiras de valores mobiliários de que participem, exclusivamente, pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo residentes, domiciliados ou com sede no exterior. (Solução de Consulta – Receita Federal do Brasil n. 158, de 19 de abril de 2007)

Tais normas, ao fim e ao cabo, denotam uma clara intenção do legislador pátrio no sentido de resguardar a importância, mesmo no contexto ultranacionalista em que foi cunhada a normatização do capital estrangeiro, da definição das relações jurídicas que estão sob sua égide, combinadas com o respeito ao Estado de Direito, ao Princípio da Igualdade e Não Discriminação.

Este então foi o estado de coisas, referendado e acolhido pela Constituição Federal de 1988, que, conforme ressaltamos, preocupou-se em remeter à Lei qualquer regramento relacionado ao capital estrangeiro e a seus matizes, referendando, por seu turno, o regime jurídico posto pela Lei n. 4.131/62 e seu regramento subsequente.

A esta altura de nosso trabalho e, somente, considerando o seu objeto, já podemos assegurar que as normas veiculadas pelas Leis ns. 11.727/08, 11.941/09 e 12.249/10, além de configurarem manifesta violação ao princípio da igualdade e não discriminação, entre o tratamento dado ao capital estrangeiro e ao capital nacional, representam violação expressa ao ordenamento jurídico internacional recepcionado pelo direito brasileiro, o que veremos com maior aprofundamento no item adiante.

V. Ordenamento jurídico-tributário internacional e *thin capitalization rules*

Ademais, a finalidade deste trabalho nos leva, também, a situar a interpretação das normas, objeto de nosso estudo, no espectro das normas que tratam do Direito Tributário Internacional, de modo a se perquirir o alcance das mesmas, ao criar dicotomia inédita de tratamento jurídico-fiscal entre residentes e domiciliados no Brasil e residentes e domiciliados no exterior (capital estrangeiro), distinguindo onde a legislação brasileira, seja no âmbito territorial, seja no âmbito das normas internacionais que o Brasil incorpora ao seu ordenamento jurídico interno, nunca o fez, sob pena de violação dos princípios atinentes à não discriminação entre capital estrangeiro e nacional.

Com efeito, a Convenção Modelo da OCDE, em seu artigo 24, circunscreve os limites do denominado “Princípio da Não Discriminação” tão citado e desenhado por nós neste trabalho, no âmbito das convenções internacionais em matéria tributária, vejamos:

“Article 24

Non-Discrimination

Nationals of a Contracting States shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other state in the same circumstances in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.

Stateless persons who are residents of a Contracting State shall not be subjected in either Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of the State concerned in the same circumstances are or may be subjected.”

De fato, a regra cima exposta é concisa e autoexplicativa. Em matéria de Direito Tributário Internacional nenhum dos Estados participantes em uma relação de tributação internacional decorrente de eventual divisão ou regramento de competências tributárias concorrentes ou excludentes em determinada situação fática pode vir a impor tributos sobre nacionais de seu país a menor ou menos (ou que gerem menores encargos em termos gerais e obrigacionais) do que impõe ou impôs a seus nacionais, ou, no caso de apátridas, aos indivíduos residentes em ambos os Estados Contratantes no âmbito de uma Convenção Internacional para Evitar a Dupla Tributação da Renda.

Tal regra de cunho negativo (limitador de competência tributária do Estado signatário que deseje agravar a situação fiscal de um estrangeiro diante da situação de seu nacional ou residente) é de clareza solar e imperativa quanto às pretensões de qualquer Estado signatário que queira, por meio de normas de seu direito interno, relativizá-la ou afastá-la.

Nesse sentido, referido princípio nos ensina, no que tange à correta interpretação da norma contida no artigo 24, da Convenção Modelo da OCDE, conforme as lições do Mestre Klaus Vogel ao abordar o tema, que, “*Whereas each of the DTC distributive rules (classification and assignment rules) applies only to its specific class or classes of income, Art. 24 MC has a wider effect. All provisions of national law discriminating against certain categories of persons and thereby violating Art. 24 are overridden to the extent that the non-discrimination rule laid down in the DTC applies*”.

Na prática, citando o art. 24 do Tratado Brasil/Portugal (um dos 29 países com os quais o Brasil possui tratado para evitar a dupla tributação da renda firmado no modelo da OCDE)⁸ temos, *verbis*:

Art. 24. - 1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

Vale dizer, a regra é claríssima e está a dizer que o tratamento tributário dado a um estrangeiro português não pode ser diferente, e tampouco, mais gravoso em quaisquer termos, do que o tratamento conferido pelo Brasil aos seus nacionais ou residentes.

Nesse mesmo sentido destacamos as brilhantes palavras do Mestre Alberto Xavier⁹ a respeito deste princípio:

O princípio da não-discriminação é corolário do princípio geral da igualdade no que tange ao critério da nacionalidade. Da mesma forma que este consiste na obrigação de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, assim, também **o princípio**

8. Disponível no site: www.receita.fazenda.gov.br.

9. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 245.

da não discriminação proclama a irrelevância da nacionalidade para fundar um tratamento desigual entre sujeitos que se apresentem objetivamente em situação idêntica, ficando vedada qualquer discriminação tributária, quer esta se traduza numa tributação “mais onerosa” quer numa mera tributação “diferente”. (G.n.)

E mais:

Note-se ainda que o princípio da não discriminação tem como critério a nacionalidade, como conexão autônoma, independente da residência, de tal sorte que (ao contrário do que sucede com as demais disposições dos tratados) ele pode ser invocado por quem possuir a nacionalidade de um dos Estados contratantes, ainda que nele não seja residente.

(...)

Em nossa opinião, ela [reciprocidade] abrange ainda o direito aos incentivos fiscais previstos no direito interno de um dado país e que visem estimular setores ou regiões objetivamente considerados.¹⁰ (G.n.)

Isto significa dizer que, ainda que a Lei n. 12.249, de 11 de junho de 2010 (veremos adiante a interpretação que entendemos por conforme) tivesse discriminado os estrangeiros em relação aos brasileiros no que tange às operações cursadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, o que não é fato, é certo que qualquer restrição dessa natureza a residentes e domiciliados em países com os quais o Brasil mantém tratado para evitar a dupla tributação da renda, não poderia prosperar por conta da prevalência do Princípio da Não-Discriminação expressa na cláusula 24 dos tratados firmados pelo Brasil.

10. Alberto Xavier, obra citada, 6ª edição, p. 282 e 621.

Tal é a força e prevalência do referido princípio, que até mesmo no nível administrativo, a reciprocidade de tratamento, isto é, a aplicação do Princípio da Não-Discriminação, é ordinariamente reconhecida pelas autoridades fiscais, consoante ilustramos com as seguintes decisões administrativas:

DECISÃO 3.762, em 28.11.2002

Órgão: Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília / 4ª Turma

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF – Reciprocidade de tratamento

EMENTA: RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO FICAMISENTOS DO imposto a que se refere o art. 11 do Decreto-lei n. 401/68, as remessas de juros devidos a agências de governos estrangeiros, quando houver reciprocidade de tratamento (art. 3º do Decreto-lei n. 484/69). Ano-calendário: 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998

DECISÃO 3.762, em 28.11.2002

Órgão: Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém / 2ª Turma

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

EMENTA: IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHOS DE CAPITAL. RECIPROCIDADE DE TRATAMENTO ENTRE PAÍSES. Improcedente o lançamento correspondente ao imposto de renda sobre o ganho de capital na operação de venda de imóvel situado nos Estados Unidos da América quando comprovada a reciprocidade de tratamento. Exercício: 1997, 1998

PRESCRIÇÃO DE CARGA – DECRETO-LEI N. 666/69 – IMPORTAÇÃO COM BENEFÍCIOS FISCAIS - TRANSPORTE OBRIGATÓRIO EM NAVIO DE BANDEIRA BRASILEIRA - ACORDO INTERNACIONAL SOBRE TRANSPORTE MARÍTIMO BRASIL x ESTADOS UNIDOS (EQUAL ACCESS). PRINCÍPIO DE RECIPROCIDADE. Realizando-se o transporte da mercadoria importada com

benefício fiscal (Isenção IPI), em navio de bandeira norte-americana, na vigência do Acordo Internacional Sobre Transporte Marítimo firmado entre os Governos brasileiro e norte-americano, em observância ao princípio da reciprocidade previsto, não se configura a perda do benefício fiscal pretendido pela importadora. Precedentes do Terceiro Conselho de Contribuintes. RECURSO PROVIDO POR MAIOR (Acórdão 302-35.801, DOU 16.10.03, Rel. Paulo Roberto Cuco Antunes – g.n.)

Solução de Consulta n. 287/98 - Assunto: COFINS

Ementa: Sobre as receitas provenientes da exploração do transporte aéreo internacional das empresas norte-americanas, com estabelecimento permanente no Brasil, não incide a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS tendo em vista o disposto no parágrafo 4, do Art. 8 do Acordo promulgado pelo Decreto n. 446, de que em regime de reciprocidade de tratamento. Dispositivos legais: Decreto n. 446/92. (SRRF da 8ª Região Fiscal, em 30.07.98, PAULO JAKSON S. LUCAS - Chefe da Divisão – g.n.)

Solução de Consulta n. 119/03 - Produtos Industrializados - IPI

Ementa: PRODUTOS NACIONALIZADOS. REMESSA PARA ZFM. ISENÇÃO E SUSPENSÃO DO IPI. A isenção do IPI para a Zona Franca de Manaus, prevista no art. 69, inciso III, do RIPI/2002, c/c a suspensão do IPI do art. 71 do mesmo Regulamento, contempla, em regra, produtos nacionais, assim entendidos aqueles que resultem de quaisquer das operações de industrialização mencionadas no art. 4º do RIPI, realizadas no Brasil. O benefício, no entanto, estende-se aos produtos estrangeiros, nacionalizados e revendidos para destinatários situados naquela região, quando importados de países em relação aos quais, através de acordo ou convenção internacional firmados pelo Brasil, tenha-se garantido igualdade de tratamento para o produto importado, originário do país em questão, e o nacional. Tal ocorre, por exemplo, nas importações provenientes de países integrantes do Mercosul (por força do art. 7º do Tratado do Mercosul, promulgado pelo Decreto n. 350/1991) e de países signatários do GATT ou que a ele tenham aderido (por força das dis-

posições do § 2º do art. III, Parte II, deste Tratado, promulgado pela Lei n. 313/1948). Dispositivos Legais: art. 69, inciso III, c/c art. 71 do Decreto n. 4.544/2002 - RIPI/2002; art. 98 do CTN; Parecer Normativo CST n. 40/1975. (SRRF da 8ª Região Fiscal, em 04.07.03, Tirso Batista de Souza – Chefe da Divisão – g.n.)

Neste sentido, cumpre-nos destacar também a posição do E. Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a aplicação do Princípio da Não Discriminação em caso análogo, referente ao Tratado Brasil/Suécia, que possui, igualmente ao Brasil/Portugal, a mesma cláusula de reciprocidade de tratamento entre os nacionais nascidos nos países signatários:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. QUOTISTAS DOMICILIADOS NO BRASIL E NA SUÉCIA. TRATAMENTO ISONÔMICO. ART. 24 DA CONVENÇÃO BRASIL E SUÉCIA PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. FATO GERADOR. CONSUMAÇÃO.

1. Apresenta-se harmônico com o art. 43 do CTN o Ato Declaratório n. 03, de 03 de janeiro de 1994 (Secretaria da Receita Federal) quando afirma que: “I – a incidência do imposto de renda, quando do pagamento ou crédito a pessoas físicas ou jurídicas, residentes e domiciliadas no País, dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, alcança exclusivamente os lucros apurados pela pessoa jurídica a partir de 01 de janeiro de 1994; II – por conseguinte, os lucros auferidos até 31 de dezembro de 1993 submetem-se às regras aplicáveis na época de sua formação.” 2. “Incide o imposto de renda sobre o lucro apurado, ainda que não distribuído, pois, o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” (Precedentes do STJ: Resp 412939, Min. Garcia Vieira – 1ª T, DJ 21.10.2002, p. 285; Resp 140917, Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T, DJ de 29.11.93, p. 123).

3. “Os lucros apurados no ano-calendário de 1993, pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte quando distribuídos a pessoas físi-

cas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País (Lei n. 8.383, de 1991, art. 75)” (Art. 659, do Decreto n. 3.000/1999).

4. “Os lucros apurados em período-base encerrado entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1992, tributados na forma do art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, quando distribuídos, não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, ressalvado o disposto no inciso II do art. 693 (Lei n. 7.713, de 1988, art. 36 e parágrafo único)” (Art. 660, do Decreto n. 3000/1999).

5. O art. XXIV da Convenção assinada pelo Brasil e Suécia para evitar a dupla tributação, adotando o princípio da não-discriminação tributária, estabelece que “os nacionais de um Estado contratante não ficarão sujeitos no outro Estado contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação”. Dispõe, ainda, que “as empresas de um Estado contratante, cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa de que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado”.

6. O princípio da não-discriminação tributária visa, unicamente, “eliminar desigualdades ante os nacionais dos Estados contratantes, que se agrega ao ordenamento interno por força de tratado internacional que o veicule” (Heleno Taveira Tôrres, in “Princípio da Territorialidade e Tributação dos não-residentes no Brasil. Prestações de Serviços no Exterior. Fonte de Produção e Fonte de Pagamento”, in “Direito Tributário Internacional Aplicado” [obra coletiva], p. 71/108, Edit. Quartier Latin).

7. Reconhecimento pela instância a quo de que os lucros apurados pelos recorrentes ocorreram no período de 01.01.1989 a 31.12.1993. Fatos que não são contestados pelo Fisco.

8. Resulta tratamento fiscal brasileiro anti-isonômico, com base na legislação vigente à época da apuração dos lucros, exigir a incidência de imposto de renda sobre esses negócios jurídicos.

9. Aplicação e interpretação sistêmica dos artigos 35 da Lei n. 7.713/88, 75 e 77 da Lei 8.383/91; do art. XXIV da Convenção

assinada pelo Brasil e pela Suécia para evitar a dupla tributação e homenagear o princípio da não-discriminação, aprovado pelo Decreto n. 77.053, de 19.01.1976.

10. Recurso conhecido e provido. (REsp 602725/PR, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, DJ 04.10.2004 – g.n.)

Por fim, impende esclarecermos que a reciprocidade de tratamento (isto é, a não discriminação) é, de fato, um dos escopos das convenções internacionais, além daqueles mais ordinários, quais sejam: evitar a bitributação e a evasão fiscal entre os países. Neste sentido colacionamos os esclarecimentos de Heleno Taveira Tôres¹¹:

Como já foi mencionado, uma Convenção para i) evitar a dupla tributação internacional e ii) prevenir a evasão fiscal, além dessas duas funções, limitadas exclusivamente para aplicação quanto aos “residentes” de um e do outro Estado (âmbito subjetivo de aplicação, art.1º), nos casos que envolvam impostos incidentes sobre a renda e o capital (âmbito objetivo de aplicação, art. 2º); tem consigo ainda uma outra função: iii) impedir a aplicação de tratamentos discriminatórios (art. 24) praticados contra “nacionais” (ou apátridas residentes) de um e do outro Estado (âmbito subjetivo de aplicação, § 1º), nos casos que envolvam impostos de qualquer natureza ou denominação (âmbito objetivo de aplicação, § 6º). Vista nesses termos, a cláusula de não-discriminação assume uma razoável autonomia em relação às disposições sobre eliminação de dupla tributação, na medida em que pode ser reclamada e aplicada mesmo em casos que não envolvam hipóteses de dupla cobrança de tributos, por ambos os Estados signatários, sobre o mesmo sujeito passivo. (g.n.)

Destarte, as normas de direito tributário internacional, em matéria de imposto sobre a renda ou de tributação internacional da

11. “Princípio da Territorialidade e Tributação de Não-residentes no Brasil”, na obra *Direito Tributário Internacional Aplicado*, sob sua coordenação, São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 107-108.

renda afastam e corroboram, em virtude da plena aplicabilidade do Princípio da Não Discriminação, que as normas que gravam os rendimentos de estrangeiros a maior ou em excessiva onerosidade em relação aos rendimentos auferidos por brasileiros, nas mesmas operações, não guardam qualquer juridicidade, seja no plano do Direito Tributário Internacional, seja no plano do direito tributário interno, dados os argumentos exaustivamente assinalados.

VI. Conclusão: os desafios da melhor interpretação

Conforme aludimos acima, tais normas visaram criar um rol adicional de condições àquelas previamente estabelecidas no art. 47 da Lei n. 4.506/64 e na Lei n. 9.430/96 para a dedução das despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos internacionais, obtidos por pessoa jurídica brasileira junto a pessoas “vinculadas” residentes e domiciliadas no exterior ou quaisquer pessoas situadas em jurisdições consideradas como “Regime Fiscal Privilegiado” estabelecendo níveis de endividamento (*debt/equity ratio*) suficientes para a dedução de juros por dívidas quaisquer.

Pressupôs, ao fim e ao cabo, o legislador, conforme anteriormente concluímos, que tais empréstimos poderiam ter o condão de reduzir indevidamente os resultados tributáveis dos mutuários destes recursos residentes e domiciliados no Brasil, em detrimento dos mutuantes situados no exterior, sejam estes mutuantes residentes em país ou dependência com tributação ou regime fiscal privilegiado, ou pessoa vinculada ou de algum modo “relacionada” à mutuária brasileira.

Entretanto, se verificarmos as normas constantes dos parágrafos 7º e 5º, respectivamente, dos arts. 24 e 25 da Lei n. 12.249/10, ambas as normas excluem expressamente da regra de vedação de dedução de despesas com juros as “operações de captação feitas no

exterior por instituições de que trata o parágrafo 1º do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil".¹²

Ou seja, para o legislador resta claro que a norma não se conforma ao Sistema Financeiro Nacional, e, na nossa visão, tampouco nas operações cursadas no âmbito do mercado de capitais que, no dizer de Nelson Eizirik, representa um "subsistema"¹³ do sistema financeiro, e, portanto, sempre que estas operações forem "*arm's lenght*", ou seja, não impliquem situação de abuso de forma ou de direito por parte de qualquer dos participantes do negócio.

Em nossa opinião, essa exegese seria a mais adequada para fins de percepção do tema objeto de nosso trabalho, na medida em que expõe claramente o espectro de atuação destas novas normas no âmbito de relações intraparte ou de relações que, apesar de não representarem relações intraparte ou são cursadas em "regimes fiscais privilegiados", que pressupõem algum tipo de interferência nessa aferição ou através de meros intermediários que não sejam beneficiários finais dos juros pagos pelos residentes no Brasil.

Tal exegese é ainda corroborada pela redação constante dos incisos I a III do artigo 24 e do *caput* do artigo 25 que, como regra geral, adota a vedação à dedução dos juros na proporção acima do *debt/equity ratio* de forma genérica para as operações de "endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que

12. Por sua vez, dispõe o parágrafo 1º do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que: "No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo".

13. EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa jurídica vinculada” ou “residente ou constituído em país ou dependência com tributação favorecida” (parágrafos 2º dos artigos 25 e 26 da Lei n. 12.249/10), pressupondo exceção à regra geral e o não cumprimento de uma relação transparente e caracterizada por *arm's length*.

Referida pressuposição aproxima as novas regras de situação tratada pela chamada “norma antielisão” que, quando de sua edição por meio da Lei Complementar n. 104/2001, que adicionou o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional para determinar que “*a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”.

Ora, em se tratando de lei antielisão veiculada para situação específica¹⁴ (tal qual a norma que dispõe acerca da distribuição disfarçada de lucros) seria razoável supor que a norma adota uma presunção relativa para tanto e que as operações cursadas no mercado financeiro e de capitais, por sua natureza peculiar e de regramento próprio que exige sempre a transparência e participação das autoridades monetárias e regulatórias, ou seja, operações *arm's length*, estejam excluídas desse contexto?

Pensamos que sim, seja pelas razões de violação dos parâmetros de igualdade e não discriminação entre o capital estrangeiro e internacional, no âmbito do mercado financeiro e de capitais, seja pela própria estrutura lógico-jurídica da norma limitadora que atinge pela sua própria dicção situações “relativamente” suspeitas de não

14. Aqui vale um parêntese. A denominada Lei Geral antielisão foi veiculada em 2002 através da Medida Provisória 66 que foi convertida na Lei 10.637/02, sem, contudo, na conversão em Lei, contar com os artigos antielisão, que não foram objetos de conversão.

serem cursadas em um ambiente natural de negócios o que é contraditório com a própria concepção jurídico-dogmática de mercado financeiro e de capitais no direito brasileiro.

Ademais, em se tratando deste cenário ficaria o desafio de compormos a melhor interpretação das referidas normas diante das operações que a nosso ver estariam sob a sua égide que pensamos tratar-se de operações que estejam sob presunções relativas de existência de uma relação não transparente e meramente evasiva, o que pressuporia a aplicação de tais ditames em detrimento dos regramentos acerca dos preços de transferência da Lei n. 9.430/96 e das normas internacionais, gerando nesta, e somente nesta situação, pela antijuridicidade que configuraria a sua prática, critério de *discriminem* apto a se afastar o princípio da não discriminação e da igualdade, inclusive no âmbito das operações cursadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais para a aplicação das normas específicas veiculadas pelos arts. 24 a 26 da Lei n. 12.249/10.