

CONTROVÉRSIAS JURÍDICO-CONTÁBEIS (Aproximações e Distanciamentos)

3º volume

Coordenadores

ROBERTO QUIROGA MOSQUERA
ALEXSANDRO BROEDEL LOPES

Autores

ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA
ALEXSANDRO BROEDEL LOPES
ANA CLAUDIA AKIE UTUMI
ANA PAULA S. LUI BARRETO
ARIOVALDO DOS SANTOS
CARLOS HENRIQUE SILVA DO CARMO
EDISON CARLOS FERNANDES
ELIDIE PALMA BIFANO
ELISEU MARTINS
GUILHERME LAUTENSCHLAEGER NOVELLO
LUIS EDUARDO SCHOUEI
MARCOS SHIGUEO TAKATA
MARCOS VINICIUS NEDER
MATHEUS BERTHOLO PICONEZ
NATALIE MATOS SILVA
NATANAEL MARTINS
NELSON CARVALHO
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
RODRIGO DE FREITAS
SERGIO ANDRÉ ROCHA
SERGIO DE IUDICIBUS
SIMONE DIAS MUSA
TATIANA LOPES
VINICIUS FELICIANO TERSI

DIALÉTICA

São Paulo - 2012

© vários autores

DIALETICA é marca registrada de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.

Todos os direitos desta edição reservados
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
e-mail: atendimento@dialetica.com.br
Fone/Fax (11) 5084-4544

www.dialetica.com.br

ISBN nº 978-85-7500-225-4

Revisão de texto: Bianca Bianchi Maia, Camila da Silva Oliveira,
Maíra Laranjeira Lopes, Sabrina Dupim Moriki e Thalita Yuri Yuhara.

Editoração: nsm

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e
distanciamentos), 3º volume / coordenadores
Roberto Quiroga Mosquera, Alexsandro Broedel
Lopes. -- São Paulo : Dialética, 2012.

Vários autores.
ISBN 978-85-7500-225-4

1. Contabilidade 2. Contabilidade tributária
3. Direito 4. Direito e contabilidade 5. Direito
tributário - Brasil 6. Economia 7. Interdisciplinaridade
e conhecimento I. Mosquera, Roberto Quiroga. II. Lopes,
Alexsandro Broedel.

12-04320

CDU-34:336.2:657.46(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contabilidade e direito tributário
34:336.2:657.46(81)
2. Brasil : Direito tributário e contabilidade
34:336.2:657.46(81)

Sumário

- ROBERTO QUIROGA MOSQUERA e ALEXSANDRO BROEDEL LOPES - Apresentação 9
- ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA - Ajuste a Valor Presente (AVP) 11
1. Introdução: os Efeitos da Passagem do Tempo nas Relações Econômicas, Contábeis e Jurídicas. 2. Definição, Termos Matemáticos e Aplicabilidade Prática. 3. Limitações da Ciência Contábil e Aproximação da Realidade. 4. A Contabilização dos Ajustes a Valor Presente (AVP). 5. Os Problemas Jurídicos que afetam os Ajustes a Valor Presente.
- ALEXSANDRO BROEDEL LOPES e ELISEU MARTINS - Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura - Algumas Considerações Contábeis 33
- I. Introdução. II. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura (*Goodwill*) e sua Fundamentação - Visão Global. III. Do Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura e sua Fundamentação - Alguns Aspectos da Visão Brasileira. IV. Do Registro das Transações pela Contabilidade e do Propósito Negocial das Operações Societárias e sua Relação com a Dedutibilidade do Ágio. V. Da Necessidade de Pagamento do Ágio. VI. Conclusões.
- ANA CLÁUDIA AKIE UTUMI - Provoações sobre os Possíveis Efeitos Tributários dos Padrões Internacionais de Contabilidade 81
1. Introdução. 2. Breves Comentários sobre o RTT. 3. Bens Disponíveis para Venda. 4. Classificação como Capital ou Dívida. 5. Conclusões.
- ANA PAULA S. LUI BARRETO e NATALIE MATOS SILVA - As Novas Regras Contábeis para o Reconhecimento e a Mensuração do Ágio e o Regime Tributário de Transição (RTT) 81
- I. Introdução. II. Relações entre Contabilidade e Direito. III. O Tratamento Conferido ao Ágio pelo Direito Contábil Fiscal. IV. O Tratamento do Ágio segundo o Novo Direito Contábil Societário.

- V. As Novas Regras Contábeis para o Reconhecimento e para a Apuração do Ágio e o Regime Tributário de Transição. VI. Considerações Finais. 96
- ARIOVALDO DOS SANTOS - Ajuste a Valor Presente**
1. Introdução. 2. A Lei nº 11.638/2007 e o CPC 12/2008. 3. Taxa de Desconto e Taxa de Risco. 4. A Questão do Diferimento dos Impostos sobre Lucros. 5. Efeitos dos Impostos Incidentes sobre Vendas. 116
- EDISON CARLOS FERNANDES - Nascimento, Vida e Morte do Regime Tributário de Transição - RTT**
1. Padrão Contábil Brasileiro em Vigor. 2. Relação Contabilidade e Tributação. 129
- ELIDIE PALMA BIFANO - Evolução do Regime Contábil Tributário no Brasil**
1. Apresentação do Tema. 2. Breve Histórico da Tributação das Pessoas Jurídicas pelo Imposto sobre a Renda, no Brasil. 3. A Lei 11.638/2007 e a Contabilidade como Elemento de Apuração do Imposto sobre a Renda. 4. Sugestões. 140
- GUILHERME LAUTENSCHLAEGER NOVELLO - Subvenções para Investimento e a Nova Realidade Contábil**
1. Introdução. 2. Natureza Jurídica das Subvenções. 3. Subvenções antes das Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009. 4. Conclusão. 157
- LUÍS EDUARDO SCHOUERI - Juros sobre Capital Próprio: Natureza Jurídica e Forma de Apuração diante da "Nova Contabilidade"**
I. Introdução. II. A Isenção de Dividendos e os Juros sobre o Capital Próprio. III. O Debate sobre a Natureza Jurídica dos Juros sobre o Capital Próprio. IV. Revisitando o Debate sobre a Natureza Jurídica dos Juros sobre o Capital Próprio: a Autonomia do Direito Tributário. V. A Natureza Jurídico-tributária dos Juros sobre o Capital Próprio. VI. Corolário: Base para os Juros sobre o Capital Próprio. VII. Conclusão. 169
- MARCOS SHIGUEO TAKATA - Ágio Interno sem Causa ou "Artificial" e Ágio Interno com Causa ou Real - Distinções Necessárias**

1. Apresentação. 2. Ágio Interno sem Causa ou "Artificial". 3. Caso em que se reconheceu tratar-se de Ágio Interno sem Causa ou "Artificial" sob o Aspecto Tributário. 4. Ágio Interno com Causa ou Real sob Aspecto Tributário. 194
- MARCOS VINICIUS NEDER e SIMONE DIAS MUSA - A Evolução do Regime Contábil Tributário e as Divergências Probatórias dos Eventos Societários - o Caso do Ágio**
1. Introdução. 2. Novos Padrões Contábeis Relativos ao Ágio e seus Efeitos Fiscais. 3. As Regras do Regime Tributário de Transição. 4. Breves Comentários acerca das Regras Fiscais de Amortização do Ágio. 5. O Estudo de Rentabilidade Futura. 6. O Regime Tributário de Transição e sua Aplicação quanto ao Fundamento do Ágio Pago nas Aquisições. 7. A Produção da Prova Documental para Suporte do Fundamento Econômico do Ágio. 8. Conclusão. 215
- MATHEUS BERTHOLO PICONEZ - Dividendos e Juros sobre Capital Próprio no Novo Modelo Contábil e seu Tratamento Tributário**
1. Introdução e Delimitação do Tema. 2. Considerações sobre o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica: Distinção Importante entre os Lucros da Empresa e a Remuneração dos Acionistas. 3. Opções de Remuneração dos Sócios e Acionistas: uma Questão Econômica e Societária. 4. Distribuição de Dividendos: Características Societárias e Tributárias. 5. Da Natureza Econômica dos Dividendos a receber: a Experiência Norte-americana. 6. Juros sobre a Remuneração do Capital Próprio e o Cálculo do seu Limite. 7. Considerações Finais. 237
- NATANAEL MARTINS - A Figura da Primazia da Substância sobre a Forma em Contabilidade e em Direito Tributário**
1. Introdução. 2. A Contabilidade como Direito. 3. A Primazia da Essência sobre a Forma em Contabilidade. 4. A Aplicação da Regra da Essência sobre a Forma em Contabilidade e no Direito Tributário. 267
- NELSON CARVALHO e CARLOS HENRIQUE SILVA DO CARMO - Reconhecimento Contábil de Receitas: o que vem (ou pode vir) por aí**
Introdução. 1. A Natureza da Receita. 2. Reconhecimento de Receita. Comentários Finais. 281

- RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA - Reconhecimento de Receitas - Questões Tributárias Importantes (uma Nova Noção de Disponibilidade Econômica?) 297
- RODRIGO DE FREITAS - Tributação da Permuta de Imóveis e as Novas Regras Contábeis 315
 1 - Introdução. 2 - Da Permuta para o Direito Civil. 3 - Da Permuta de Imóveis para o Direito Contábil Societário. 4 - Tributação da Permuta e Dação em Pagamento de Imóveis na Pessoa Física. 5 - Tributação da Permuta e Dação em Pagamento de Imóveis na Pessoa Jurídica. 6 - Conclusão.
- SERGIO ANDRÉ ROCHA - Evolução do RTT e Perspectivas 332
 1. Introdução. 2. A Lei nº 11.638/2007 e a Neutralidade Geral nela Prevista. 3. As Primeiras Respostas de Consulta. 4. A Medida Provisória nº 449/2008 (Lei nº 11.941/2009) e o RTT. 5. Manifestações da Receita Federal do Brasil após RTT. 6. O que o Futuro nos reserva? 7. Conclusão.
- SÉRGIO DE IUDÍCIBUS, ELISEU MARTINS e ALEXSANDRO BROEDEL LOPES - Os Vários Enfoques da Contabilidade 348
 I. Introdução. II. Enfoques. III. Oportunidades de Pesquisas Futuras.
- TATIANA LOPES - Ganho de Capital *versus* "Nova" Equivalência Patrimonial 355
 1. Introdução. 2. Revisão de Literatura. 3. Considerações Finais.
- VINICIUS FELICIANO TERSI - Juros sobre Capital Próprio de Períodos Anteriores: um Retrato Contábil e Tributário da Deutibilidade 379
 1. Natureza dos Juros sobre Capital Próprio. 2. Juros sobre Capital Próprio e o Regime de Competência. 3. Juros sobre Capital Próprio Baseados em Exercícios Anteriores. Conclusões.

Apresentação

As inter-relações entre o Direito e a Contabilidade têm provocado várias discussões entre os profissionais das respectivas áreas, em especial aquelas atinentes aos aspectos tributários envolvidos. É bem verdade que a existência do regime transitório de tributação (RTT) tem amenizado as aludidas discussões; porém, não conseguiu eliminá-las.

Após um período razoável de aplicação das mencionadas regras de transição emergiram interpretações divergentes que, com certeza, provocarão contenciosos administrativos indesejáveis, razão pela qual é de extrema valia a análise científica desses temas, sob a perspectiva tanto da autoridade tributária quanto da atividade privada.

Neste livro, conseguimos contemplar o estudo de parte desses temas mais atuais. Mais uma vez, mesclamos professores e profissionais das ciências contábil e jurídica, com o intuito de dar o devido tratamento interdisciplinar ao assunto. Em síntese, buscou-se atrelar as discussões com diferentes visões, possibilitando retirar de cada uma das disciplinas seus princípios informadores para uma tomada de decisão.

Temas como o reconhecimento de despesas, o ajuste a valor presente, as *stock options*, o conceito de dividendo e os juros sobre o capital próprio para efeito de tributação do Imposto de Renda estão no dia a dia das preocupações dos contribuintes e do Fisco.

Esperamos que os leitores do livro usufruam desse debate.

Roberto Quiroga Mosquera
Alexsandro Broedel Lopes

tal nos cinco anos anteriores à incorporação das reservas de incentivo fiscal ao capital social.

A nova ordem, portanto, trouxe relevante impacto no planejamento societário da pessoa jurídica, representando verdadeira limitação à forma de auto-organização dos negócios quando a empresa fruir de subvenções governamentais, especialmente em relação às subvenções em que a capitalização das reservas seja mandatória.

Ressalte-se, por fim, que no contexto do RTT, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 11.941/2009, os montantes referentes às subvenções para investimento poderão ser excluídos da base de cálculo do PIS e da Cofins, o que acabou por esgotar a discussão acerca da incidência ou não das referidas contribuições sobre as receitas de subvenções para investimentos.

4. Conclusão

Diante do exposto, é possível concluir que por força das alterações introduzidas na Lei nº 6.404/1976 pela Lei nº 11.638/2007, as subvenções recebidas pelas pessoas jurídicas devem transitar pelas contas de resultado das pessoas jurídicas. Contudo, enquanto mantidas em reserva de incentivos fiscais, incorporadas ao capital ou utilizadas para absorver prejuízos, o trânsito de tais valores pelas referidas contas de resultado terão seus impactos tributários neutralizados pelo RTT.

Ainda, desde a vigência da Lei nº 11.941/2009, as pessoas jurídicas que tenham reservas de incentivo incorporadas ao capital ficaram sem a possibilidade de realizar reduções de capital para restituição aos sócios sem que tal operação irradie efeitos fiscais.

Por fim, com a introdução do inciso I do parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 11.941/2009, não mais se discute incidência ou não das contribuições ao PIS e à Cofins sobre as receitas de subvenções para investimentos, haja vista previsão expressa no sentido de excluir tais receitas da base de cálculo das referidas contribuições.

Juros sobre Capital Próprio: Natureza Jurídica e Forma de Apuração diante da “Nova Contabilidade”

LUÍS EDUARDO SCHOUBER

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo.

I. Introdução

Desde o advento da Lei nº 9.249/1995, cujo artigo 9º inseriu, em nosso ordenamento, a figura dos juros sobre o capital próprio, grassa na doutrina e na jurisprudência discussão sobre a natureza jurídica de tal instituto.

Conquanto diversos argumentos estejam a lastrear as posições tomadas sobre o assunto, uma nota comum permeia toda a discussão travada em torno do tema. Tal ponto comum reside no fato de que, na busca pela natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, a doutrina tem por hábito classificá-los a partir de categorias preexistentes no âmbito do Direito Privado. Assim, é comum àquele que pretende tomar contato com o debate deparar-se com entendimentos segundo os quais os juros sobre o capital próprio corresponderiam a dividendos, ou, ao contrário, a juros.

Ignora-se, assim, a possibilidade de o legislador tributário, quando da previsão do instituto na Lei nº 9.249/1995, não ter buscado amparo em qualquer categoria existente no Direito Privado. Está a se falar, aqui, na autonomia do Direito Tributário, que nega a esse ramo jurídico um papel subalterno, admitindo a possibilidade de se desenvolverem institutos jurídicos que independem de outros ramos do Direito.

É a partir de tal perspectiva que o presente artigo, após tecer considerações sobre o contexto do advento dos juros sobre o capital próprio e a sua disciplina legal, irá apresentar os contornos da discussão que ocupa a doutrina sobre o assunto, para então revisitá-la e pôr em xeque o seu cabimento à luz da autonomia do Direito Tributário. Passo seguinte, investigar-se-á o conceito jurídico-tributário dos juros sobre o capital próprio, revelando-se a sua relevância, do pon-



to de vista tributário, a partir de exigências do princípio da igualdade e do princípio da capacidade contributiva.

Firmada a posição sobre sua natureza, caberá investigar se a adoção de novo padrão contábil afeta a apuração dos juros sobre o capital próprio.

II. A Isenção de Dividendos e os Juros sobre o Capital Próprio

Num primeiro momento, houve quem encontrasse a razão do advento dos juros sobre o capital próprio na revogação da correção monetária das demonstrações financeiras, realizada pelo artigo 4º da Lei nº 9.249/1995 com vistas a eliminar a sombra da inflação que por tanto tempo atribuiu a economia nacional¹. Tal o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, para quem o instituto foi concebido “como um estímulo fiscal que veio atenuar os efeitos da extinção da correção monetária das demonstrações financeiras”².

Raciocínio semelhante foi realizado por Eliseu Martins, que vislumbrou nos juros sobre o capital próprio como uma “idéia efetivamente brilhante” engendrada pela Receita Federal do Brasil em face dos “problemas e da iniquidade trazidos pela extinção da correção monetária”, qual seja, a tributação de valores nominais inflacionados e, assim, superiores aos que se teriam com a correção³. No mesmo sentido, Modesto Carvalhosa assinalou que a introdução dos juros sobre o capital próprio pela Lei nº 9.249/1995 teria procurado compensar “a não-compensação monetária do capital próprio”, que traria “uma perversa desproporção entre os lucros acumulados e o patrimônio líquido da companhia”⁴.

¹ Neste sentido, a Exposição de Motivos da Lei nº 9.249/1995 (item 5) assinala que “os elevados índices de inflação exigiram a criação de poderosos instrumentos de indexação que, com o Plano Real e a estabilização da economia, estão sendo gradualmente eliminados”. Assevera, ademais (item 7), que “a extinção da correção monetária do balanço simplifica consideravelmente a apuração da base tributável e reduz a possibilidade de planejamentos fiscais”.

² Cf. Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, “A figura dos juros sobre o capital próprio e as contribuições sociais do PIS e da Cofins”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 169. São Paulo, Dialética, 2009, p. 73.

³ Cf. Eliseu Martins, “Um pouco da história dos juros sobre o capital próprio”. *Boletim IOB: temática contábil e balanços* nº 49. São Paulo, Thomson/IOB, 2004.

⁴ Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 1º volume, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 215-217.

Os juros sobre o capital próprio devem ser inseridos em contexto mais amplo, tendo em vista que acompanharam a isenção de dividendos. Sob tal perspectiva, parece possível ver nos juros sobre capital próprio uma criativa solução do legislador brasileiro para enfrentar a prática da subcapitalização, ou *thin capitalization*.

Tal prática, que se mostrou corrente em países nos quais a distribuição de dividendos é tributada, consiste em os sócios de determinada sociedade, em vez de aportarem seus investimentos no capital social da referida sociedade, mantê-los como empréstimos. Revela-se vantajosa na medida em que as despesas da sociedade com o pagamento dos juros decorrentes de tais empréstimos são dedutíveis, ao passo que os dividendos distribuídos não.

Assim, em situações em que tanto os juros quanto os dividendos pagos aos sócios são tributados, é mais vantajoso para os sócios capitalizar suas empresas por meios de empréstimos do que por aportes no capital social, uma vez que o pagamento de juros, diferentemente dos dividendos, é despesa dedutível da sociedade.

Para evitar a prática da *thin capitalization*, países como os Estados Unidos da América estabeleceram alguns limites para a capitalização por meio de empréstimos dos sócios. Com efeito, a legislação desses países estabeleceram diversos métodos para se constatar se a subcapitalização estaria ocorrendo, a exemplo do limite máximo de empréstimos em relação ao valor do capital subscrito e integralizado; uma vez constatada a ocorrência da prática, autorizado ficaria o Fisco a tributar os juros excessivos como dividendos.

No Brasil, com o advento da Lei nº 9.249/1995 (produzindo efeitos para o exercício de 1996), os dividendos pagos pelas sociedades brasileiras aos seus sócios ou acionistas, pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou não no País, passaram a ser rendimentos não tributáveis. Conforme reconhecido pela própria Exposição de Motivos do Ministério da Fazenda que acompanhou, à época, o Projeto de Lei nº 913/1995, tratou-se de medida de integração entre o imposto de renda da pessoa física e o imposto de renda da pessoa jurídica, com vistas a evitar a incidência do primeiro sobre recursos já tributados pelo último⁵. O tema da integração da tributação das pessoas físicas e das

⁵ Assinala o item 12 da Exposição de Motivos da Lei nº 9.249/1995 que “com relação à tributação dos lucros e dividendos, estabelece-se a completa integração entre a pessoa física e a pessoa jurídica, tributando-se esses rendimentos exclusivamente na empresa e isentando-os quando do recebimento pelos beneficiários”.

pessoas jurídicas, ocupou, nas últimas décadas, estudos e debates nos Estados Unidos e na União Europeia⁶.

É dizer, pretendeu-se eliminar, com tal expediente, a dupla tributação econômica. Conferir-se isenção aos dividendos recebidos pelos acionistas ou sócios é método tradicional para evitar-se a dupla incidência econômica do imposto, cuja adoção já foi considerada pelo Departamento do Tesouro norte-americano em estudo sobre os diversos "protótipos" de integração⁷.

Daí encontrar-se nos juros sobre capital próprio expediente criativo para se evitar a *thin capitalization*. Em face da isenção dos dividendos recebidos então estabelecida, e que passou a diferenciar o modelo brasileiro daquilo que se encontrava, via de regra, no direito comparado, a solução adotada seguiu caminho inverso à experiência internacional. Enquanto alhures se conferia aos juros a indedutibilidade própria de dividendos, o Brasil inovava, permitindo que se deduzissem os juros sobre o capital próprio, equiparando-os, portanto, ao tratamento tributário de juros propriamente ditos.

Os "juros sobre o capital próprio" têm a finalidade de permitir ao sócio ou acionista perceber um rendimento equivalente ao que receberia se buscasse outra aplicação financeira de longo prazo.

Assim, consoante a disciplina do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995, a sociedade paga uma remuneração a seus acionistas e reconhece o valor como uma despesa dedutível, abatendo-a de seu lucro tributável⁸. Ao mesmo tempo, tais valores encontram-se sujeitos à retenção

⁶ Conquanto outros métodos de integração tenham sido anteriormente adotados pelo País, há que se ver que se limitavam a determinadas circunstâncias e contribuintes, sem corresponder a uma regra geral. Cf. Natalie Matos Silva, "A integração da tributação das pessoas jurídicas e das pessoas físicas: análise dos métodos teóricos e de sua adequação ao princípio da capacidade contributiva." (*Revista Direito Tributário Atual* nº 23. São Paulo, Dialética/IBDT, 2009, p. 370)

⁷ "A traditional goal of integration proposals has been to tax corporate income only once at the tax rate of the shareholder to whom the income is attributed or distributed. (...) Assuring that corporate income is taxed once, but only once, does not require that corporate income be taxed at individual rates, however. Attaining a single level of tax - with the most significant efficiency gains we project from any system of integration - can be achieved with a schedular system in which all corporate income is taxed at a uniform rate at the corporate level without regard to the tax rate of the corporate shareholder." Cf. The Department of the Treasury. "Report on integration of the individual and corporate tax systems - taxing business income once". Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1992, p. 12.

⁸ "Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a tí-

na fonte, no momento do pagamento ao acionista, à alíquota de 15%. Desincentiva-se, pois, a capitalização das sociedades por meio de empréstimos, ou subcapitalização, já que ela não é necessária para se conseguir a dedutibilidade dos pagamentos aos sócios. A este respeito, assinalou a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei do qual derivou a Lei nº 9.249/1995:

"A permissão da dedução de juros pagos ao acionista, até o limite proposto, em especial, deverá provocar um incremento das aplicações produtivas nas empresas brasileiras, capacitando-as a elevar o nível de investimentos, sem endividamento, com evidentes vantagens no que se refere à geração de empregos e ao crescimento sustentado da economia."

Daí causar estranheza que, anos depois, a Lei nº 12.249/2010, fruto da conversão da Medida Provisória nº 472/2009, viesse a importar o modelo estrangeiro da *thin capitalization*: expediente inútil, no mais das vezes, já que a regra dos juros sobre o capital próprio já constituía expediente suficiente para desestimular a prática da subcapitalização. Dificilmente valer-se-á o empresário do subterfúgio da subcapitalização, já que o máximo que buscaria seria a dedutibilidade de juros de empréstimos concedidos a sua empresa; ora tal dedutibilidade fora assegurada 15 anos antes da referida medida provisória, por meio dos juros sobre o capital próprio.

De todo modo, vê-se que, conforme a disciplina legal, os juros sobre o capital próprio são calculados por meio da aplicação da taxa de juros de longo prazo (TJLP) sobre o montante do patrimônio líquido da sociedade, subtraído da (então existente) reserva de reavaliação, desde que esta não tenha sido oferecida à tributação pelo Imposto de Renda e pela Contribuição Social.

A Lei nº 9.249/1995 condiciona o pagamento dos juros à existência de lucro apurado no período ou de lucros acumulados em um valor igual ou maior a duas vezes o montante que será pago a título de juros sobre o capital próprio.

Não foi apenas a reserva de reavaliação que foi extinta por conta da introdução de novas normas contábeis; a própria ideia de patrimônio ganhou novas cores, já que as demonstrações financeiras não mais refletem direitos e obrigações juridicamente assegurados (pa-

tulo de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, *pro rata die*, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP."

trimônio civil), dando ênfase a aspectos econômicos, mais condizentes com a prática internacional, permitindo, daí, a convergência da contabilidade ao padrão que se vem estabelecendo noutras praias, mas, sem dúvida, afastando-se do conceito tradicional (jurídico-civil) de patrimônio.

Se o patrimônio contábil já não mais se limita a revelar uma universalidade de direitos e obrigações civilmente reconhecidos, surge a questão acerca da influência de tal modificação no cálculo dos juros sobre o capital próprio. Devem eles ser calculados sobre o patrimônio contábil, apurado segundo critérios econômicos impostos pela nova contabilidade, ou exige a lei tributária que se fixe seu cálculo na noção jurídico-civil de patrimônio, implicando que o cálculo dos juros sobre o capital próprio demandaria prévia reconstituição do patrimônio jurídico-civil, base daquela apuração? A resposta a essa indagação exige que, antes, se tome posição acerca da natureza tributária daqueles juros sobre o capital próprio. É o que se fará a seguir.

III. O Debate sobre a Natureza Jurídica dos Juros sobre o Capital Próprio

Embora a Lei nº 9.249/1995, ao referir-se ao instituto, fale em "juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas", grande discussão floresceu na doutrina acerca do fato de os juros sobre o capital próprio realmente serem juros ou, em verdade, dividendos.

A questão da classificação dos valores pagos a título de juros sobre capital próprio não é um debate cuja relevância seja apenas teórica, ganhando, também, reflexos práticos. Basta ver o caso da qualificação de remessas ao exterior no âmbito de acordos contra a bitributação: tomando-se tais valores por dividendos, encontram-se sujeitos às disposições do artigo 10, ao passo que, no caso de juros, o artigo 11 é aquele que deve ser aplicado. Ora, levando-se em consideração as peculiaridades de cada artigo, logo se vê que a qualificação de tais rendimentos revela-se crucial não apenas para o Brasil (limitação para a tributação na fonte), mas também para seu parceiro no acordo (tratamento correspondente no âmbito do artigo 23). Não surpreende, assim, que o tema seja objeto de disposição específica no protocolo de acordos assinados pelo Brasil em tempos mais recentes, a exemplo daqueles celebrados com Portugal, Chile, Ucrâ-

nia, Israel, México, África do Sul e Peru. Mesmo fora do âmbito dos acordos de bitributação, a questão se coloca fundamental, já que muitos países costumam isentar seus residentes da tributação de dividendos auferidos do exterior (*participation exemption*), mas não dos juros, mesmo que pagos por empresas ligadas.

Outra relevante repercussão prática da discussão é aquela que se relaciona à incidência do PIS e da Cofins sobre os valores recebidos conforme a disciplina do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995: tratando-se tais recursos de dividendos, estes não integrariam a base de cálculo das referidas contribuições⁹; por outro lado, admitindo-se corresponderem os valores a juros recebidos pelo beneficiário (receitas financeiras), há que se cogitar a incidência dos tributos.

Bons argumentos possuem aqueles que defendem a natureza de dividendo para o instituto: os juros sobre capital próprio são pagos apenas a sócios ou acionistas, na proporção de sua participação no capital social e apenas no caso de existir lucro a ser distribuído; o valor pago a título de remuneração do capital próprio, ademais, pode ser imputado ao valor do dividendo mínimo obrigatório previsto pelo artigo 202 da Lei nº 6.404/1976.

Contribuí, ainda, para a posição daqueles que entendem tratar-se de dividendo o instituto previsto pelo artigo 9º da Lei nº 9.249/1995, a orientação emanada pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que, por meio da Deliberação nº 207/1996, estabeleceu que os juros pagos a título de remuneração do capital próprio devem ser contabilizados na conta de lucros acumulados¹⁰.

Assim é que, escrevendo não muito depois da edição da Lei nº 9.249/1995, Alberto Xavier já apontava a impropriedade da expressão "juros sobre o capital próprio", uma vez que, em seu entender, a remuneração paga pela pessoa jurídica ao sócio ou acionista "não tem a natureza de juro"¹¹. Para o referido autor, diversas circunstâncias,

⁹ Veja, a este respeito, artigo 3º, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 9.718/1998, reproduzido no artigo 1º, parágrafo 3º, inciso V, "b", da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003.

¹⁰ "I. Os juros pagos ou creditados pelas companhias abertas, a título de remuneração do capital próprio, na forma do artigo 9º da Lei nº 9.249/95, devem ser contabilizados diretamente à conta de Lucros Acumulados, sem afetar o resultado do exercício."

¹¹ Cf. Alberto Xavier, "Natureza jurídico-tributária dos 'juros sobre o capital próprio' face à lei interna e aos tratados internacionais". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 21. São Paulo, Dialética, 1997, p. 7.

como a de a distribuição dos juros sobre o capital próprio estar condicionada à existência de lucros e a possibilidade de seu cômputo no dividendo obrigatório, estariam a atestar que “eles próprios têm a natureza substancial de dividendo”; dessa forma, a correta qualificação do instituto, no âmbito dos acordos de bitributação, seria a que insere os juros sobre o capital próprio no artigo 10, que se ocupa de dividendos¹².

Também Modesto Carvalhosa está entre os que aproximam a figura dos juros sobre o capital próprio dos dividendos. A partir dos mesmos elementos constantes da legislação considerados por Alberto Xavier, Carvalhosa refere-se ao instituto como “nova modalidade de dividendos”, que “constituem inequivocadamente distribuição de resultado, integrando o valor total pago como dividendos”¹³.

É interessante ver que Fábio Ulhoa Coelho, a partir do dispositivo legal que permite imputar os juros sobre o capital próprio ao dividendo obrigatório (e que, como visto, é usualmente tomado como indicativo de tratar-se o instituto de dividendo), entende que tais valores “não são espécie de dividendo”, uma vez que, se assim o fossem, o dispositivo em comento seria desnecessário: eles “já estariam, por definição, incluídos entre os obrigatórios”; conforme assinala o referido autor, somente poderia ser imputada “a determinada categoria contábil o que é estranho a ela”¹⁴.

Por outro lado, a defender a natureza de juros dos valores pagos enquanto remuneração do capital próprio, encontra-se a própria Administração Tributária. Nota-se, neste sentido, o disposto na Instrução Normativa SRF nº 11/1996, cujo artigo 29, para além de referir-se a tais valores como juros, estabelece, em seu parágrafo 4º, o registro dos juros sobre o capital próprio, pelo beneficiário pessoa jurídica, em conta de receita financeira. No mesmo sentido, vai o artigo 30 da referida Instrução Normativa, que, ocupando-se do pagador

¹² Cf. Alberto Xavier, “Natureza jurídico-tributária dos ‘juros sobre o capital próprio’ face à lei interna e aos tratados internacionais”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 21. São Paulo, Dialética, 1997, pp. 7-11.

¹³ Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 1º volume, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 215-217.

¹⁴ Cf. Fábio Ulhoa Coelho, “A participação nos resultados das companhias (dividendos e juros sobre o capital próprio) e os direitos dos acionistas minoritários”. In: Roberto Quiroga Mosquera (coord.). *Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. 2º volume. São Paulo, Dialética, 2000, p. 40.

dos juros sobre o capital próprio, dispõe que estes, ainda que imputados ao dividendo obrigatório, devem ser registrados em contrapartida de despesas financeiras.

É o mesmo entendimento que se extrai, ainda, do disposto no Decreto nº 5.164/2004, que, ao reduzir a zero as alíquotas de PIS e de Cofins incidentes sobre receitas financeiras auferidas por instituições financeiras no âmbito do regime não cumulativo, estabeleceu, no parágrafo único de seu artigo 1º, que a redução “não se aplica às receitas financeiras oriunda de juros sobre capital próprio”. Dispositivo equivalente permaneceu no Decreto nº 5.442/2005, que lhe veio a revogar e substituir.

Também Ricardo Mariz de Oliveira entende que, do ponto de vista jurídico, o instituto introduzido pelo artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 possui “a feição de juros”; para o referido autor, “todo o regime jurídico a que se submetem” estaria a indicar “que se trata propriamente de juros remuneratórios do capital, embora com características específicas, e distintos da participação nos resultados que a lei regula como dividendos”¹⁵.

Posição semelhante é a de João Dácio Rolim, segundo a qual os juros sobre o capital próprio correspondem a despesas financeiras da empresa que os paga e remuneração do capital (juros) para aqueles que os recebem. Em seu entender, o fato de seu pagamento estar condicionado à existência de lucros “não lhes tira a sua natureza própria e não os identifica com os dividendos”; ao contrário dos dividendos, os juros sobre o capital próprio teriam por fundamento, à semelhança dos juros, “o custo do dinheiro”¹⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, nas ocasiões em que foi instado a se pronunciar sobre a questão, manifestou entendimento segundo o qual os juros sobre o capital próprio correspondem a receitas financeiras daquele que os recebe, não se confundindo, assim, com dividendos. No raciocínio desenvolvido pelos Ministros, os dividendos decorreriam do desempenho da empresa, correspondente ao lucro apurado no período de um ano, e estariam a remunerar o acionista

¹⁵ Cf. Ricardo Mariz de Oliveira, “Juros de remuneração do capital próprio”. *Revista Direito Tributário Atual* nº 15. São Paulo, Dialética/IBDT, 1998, p. 114.

¹⁶ Cf. João Dácio Rolim, “Remuneração do capital próprio das pessoas jurídicas - aspectos fiscais”. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Imposto de renda - alterações fundamentais*. São Paulo, Dialética, 1996, pp. 114-116.

pelo “sucesso do empreendimento social”; já os juros sobre o capital próprio derivariam de “lucros apresentados nos anos anteriores e que ficaram retidos na sociedade”, tendo por finalidade “remunerar o investidor pela indisponibilidade do capital aplicado na companhia”¹⁷. Neste sentido, para o Tribunal, os juros sobre o capital próprio corresponderiam a receita financeira, distanciando-se, dessa forma, de dividendos, e aproximando-se da noção de juros.

Em face do entendimento segundo o qual tratar-se-ia de receita financeira o valor recebido a título de juros sobre o capital próprio, tendem as autoridades fiscais a incluí-lo na base de cálculo do PIS e da Cofins, a exemplo do que se vê em diversas soluções de consulta editadas sobre o tema¹⁸.

Não obstante o entendimento do Fisco, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela não incidência do PIS e da Cofins sobre juros sobre o capital próprio recebidos no período compreendido entre a vigência da Lei nº 9.718/1998 (regime cumulativo) e a edição das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 (regime não cumulativo)¹⁹. Conquanto não tenham adentrado, nesta oportunidade, na discussão sobre a natureza dos juros sobre o capital próprio, entenderam os Ministros que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998²⁰ implicaria reconhecer que, até a Emenda Constitucional nº 20/1998 e o posterior advento do regime não cumulativo, o conceito de faturamento “envolvia somente a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços”, excluindo, assim, os valores recebidos a título de juros sobre o capital próprio.

¹⁷ Cf. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.158.033/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgamento em 16.9.2010, *DJ* de 22.9.2010.

¹⁸ Neste sentido, Solução de Consulta nº 62, de 10 de março de 2008; Solução de Consulta nº 435, de 6 de setembro de 2007; Solução de Consulta nº 421, de 30 de agosto de 2007; Solução de Consulta nº 249, de 16 de agosto de 2006; Solução de Consulta nº 55, de 3 de abril de 2002.

¹⁹ Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.104.184/RS, Primeira Seção, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 29.2.2012, *DJ* de 8.3.2012.

²⁰ “§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

Por outro lado, entende o Superior Tribunal de Justiça que, no âmbito das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, os juros sobre o capital próprio integrariam a base de cálculo do PIS e da Cofins, uma vez que estes corresponderiam a receitas financeiras²¹.

IV. Revisitando o Debate sobre a Natureza Jurídica dos Juros sobre o Capital Próprio: a Autonomia do Direito Tributário

Não é difícil perceber, a partir das considerações acima, quão intenso é o debate que está a ocupar doutrina e jurisprudência. A posição de ambos os lados encontra-se lastreada em bons argumentos, e não há como se reconhecer, de imediato, posição que, pela força de seu raciocínio, haveria de prevalecer.

Entretanto, há um ponto comum - e que, embora de importância fundamental, acaba por passar despercebido - que marca o contorno e o teor da discussão que se trava, desde a edição da Lei nº 9.249/1995, sobre a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio. Tal aspecto é o fato de todo o debate tomar por ponto de partida a premissa de que a natureza do instituto previsto pelo artigo 9º da referida lei deve, necessariamente, ancorar-se em conceitos preexistentes e já qualificados no âmbito do Direito Privado, a exemplo de dividendos e juros.

É dizer, na busca pela natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, a doutrina tem por hábito verificar a compatibilidade dessa figura com institutos de Direito Privado, a partir da disciplina conferida a estes por tal ramo do Direito.

É o que fazem, por exemplo, Sacha Calmon Navarro Coêlho e Eduardo Junqueira Coêlho quando, ao sustentar tratar-se o instituto de dividendo, buscam evidenciar a sua incompatibilidade com a noção de juros constante do Direito Civil e a sua proximidade com o conceito privado de dividendos: “nos negócios jurídicos, o pagamento de juros decorre de uma relação de crédito. (...) O vínculo que se estabelece entre o sócio/acionista e a entidade não corresponde a uma relação creditícia.”²² No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Mar-

²¹ Veja, neste sentido, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.330.134/SP, Segunda Turma, julgamento em 19.10.2010, *DJ* de 3.2.2011.

²² Cf. Sacha Calmon Navarro Coêlho e Eduardo Junqueira Coêlho, “PIS/Cofins: não-incidência sobre valores recebidos a título de juros sobre capital próprio”. In: Samuel

tins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, ao perquirirem a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio, invocam os artigos 108, 109 e 110 do Código Tributário Nacional para então examinarem “o perfil e a finalidade que os juros ostentam no Código Civil” e concluírem que a figura encontra-se “muito mais próxima da natureza jurídica de resultados distribuídos”, que também é matéria própria ao Direito Privado²³.

É neste ponto que cabe indagar: deve o Direito Tributário, necessariamente, se valer dos conceitos de Direito Civil? Noutras palavras, encontra-se o legislador tributário vinculado às noções de Direito Privado, de modo que, ao ter introduzido, em nosso ordenamento, a figura dos juros sobre o capital próprio, teria buscado amparo em categorias preexistentes no Direito Civil?

Efetivamente, é comum tomarem-se os artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional, em conjunto, como comandos que dariam prevalência ao Direito Privado, restando ao Direito Tributário um papel subalterno, como mero direito de sobreposição. Em tal circunstância, restaria ao legislador tributário o papel de disciplinar a tributação a partir da qualificação preexistente no âmbito do Direito Privado.

Está a se falar, aqui, da célebre polêmica a respeito da autonomia do Direito Tributário, que, no Brasil, teve início a partir da tradução dos estudos de Trotabas²⁴ (para quem o Direito Tributário é ramo jurídico autônomo) e de François Geny, que sustentava a primazia do Direito Privado²⁵. Isso porque há que se admitir que o raciocínio usualmente encontrado na doutrina, quer pela defesa do caráter de dividendos dos juros sobre o capital próprio, quer pela defesa de sua natureza de juros, afasta a possibilidade de que o instituto pre-

Carvalho Gaudêncio e Marcelo Magalhães Peixoto (coords.). *Fundamentos do PIS e da Cofins e o regime jurídico da não-cumulatividade*. São Paulo, MP, 2007, p. 404.

²³ Cf. Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, “A figura dos juros sobre o capital próprio e as contribuições sociais do PIS e da Cofins”. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 169. São Paulo, Dialética, 2009, p. 73.

²⁴ Louis Trotabas, “Ensaio sobre o Direito Fiscal” (tradução de Guilherme Augusto dos Anjos). *Revista de Direito Administrativo*. Volume 26, Rio de Janeiro, FGV, 1951, pp. 34-59.

²⁵ Cf. François Geny, “O particularismo do Direito Fiscal” (tradução de Guilherme Augusto dos Anjos). *Revista de Direito Administrativo*. Volume 20, Rio de Janeiro, FGV, 1950, pp. 6-31.

visto no artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 não tenha qualquer correspondência com figuras presentes na legislação civil.

Ora, conquanto este não seja o espaço para se tecerem maiores considerações sobre a referida polêmica, importa reconhecer que, em diversas situações, uma expressão empregada pelo legislador tributário não tem o mesmo sentido que ganha no Direito Privado.

Exemplo tradicional é o da expressão “propriedade”, utilizada pelo constituinte na definição do campo de competência do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana. Levando-se o artigo 110 do Código Tributário Nacional às últimas consequências, haveria que se afirmar que o imposto somente incidiria se houvesse o direito de propriedade sobre um imóvel. Como explicar, assim, que o mesmo Código, em seu artigo 32, estende a incidência do imposto aos direitos de posse e domínio útil?

A resposta a tal indagação passa pela doutrina da consideração econômica, que tanta influência exerceu sobre aqueles que elaboraram o Código Tributário Nacional. Esta, em síntese, vem reconhecer a possibilidade de o legislador não empregar conceitos de Direito Privado, mas conceitos de natureza diversa (conceitos econômicos). Em tal circunstância, desnecessário buscar, no Direito Privado, a natureza jurídica do instituto²⁶.

A partir das considerações acima, revela-se perfeitamente adequado pensar que, quando da previsão, no artigo 9º da Lei nº 9.249/1995, do instituto dos juros sobre o capital próprio, não tinha o legislador tributário em mente qualquer categoria própria do Direito Privado. É dizer, assim como o constituinte, ao utilizar-se da expressão “propriedade” para definir o campo de competência municipal para a instituição do IPTU, não se referiu ao direito homônimo presente no Direito Civil, o legislador tributário, ao inserir, no ordenamento pátrio, a figura dos juros sobre o capital próprio, também não cogitou qualquer instituto já qualificado e preexistente no Direito Privado, notadamente os juros e os dividendos.

Assumindo-se razoável tomar os juros sobre o capital próprio por vero conceito de Direito Tributário, sem qualquer amparo em categorias do Direito Privado, revela-se descabida a discussão tradicionalmente travada na doutrina, que, consoante se viu, busca, pelos

²⁶ Cf. Luís Eduardo Schoueri. *Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2012, especialmente o capítulo XVII.

mais diversos argumentos, classificar o instituto presente no artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 ora como juros ora como dividendos, conforme tais noções encontram-se desenhadas pelo Direito Privado. Assim, para longe de aproximar os juros sobre o capital próprio de tais figuras, cabe investigar a natureza jurídico-tributária do instituto.

V. A Natureza Jurídico-tributária dos Juros sobre o Capital Próprio

Afastando-se qualquer aproximação com categorias de Direito Privado, há que se reconhecer que, na perspectiva do Direito Tributário, corresponde a figura do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 a uma remuneração do capital.

O conceito tributário de juros sobre o capital próprio parte, assim, da noção econômica de custo de oportunidade, entendida enquanto renúncia, pelo agente econômico, dos benefícios derivados de determinado investimento em função do potencial de lucro superior vislumbrado em aplicação distinta. Em tal contexto, o lucro do negócio, sob uma perspectiva econômica, somente poderia ser apurado se desconsiderado o lucro sobre o capital.

O sócio de determinada empresa que, investindo em aplicação bancária remunerada por TJLP obtém ganho de 10% sobre o capital. Acaso alguém negará que caso invista em seu próprio negócio e acabe por receber meros 8%, terá tido uma perda? Melhor seria tivesse ele deixado seu capital aplicado no mercado financeiro, já que sua atividade empresarial não foi capaz sequer de remunerar o capital empregado.

Entretanto, caso decida investir em seu próprio negócio e, em função de seu esforço, obtenha, neste, ganho de 12%, há que se reconhecer que o verdadeiro lucro do negócio corresponde a 2%, vez que os 10% correspondem à simples remuneração do capital, que também seria obtida no caso de investimento bancário. Ou seja: todo o esforço do empresário rendeu-lhe apenas 2%, já que os restantes 10% nada mais são que a remuneração do capital. Os juros sobre o capital próprio prestam-se a permitir ao sócio ou acionista perceber um rendimento equivalente ao que receberia se buscasse, por exemplo, o investimento bancário.

A natureza de remuneração do capital emprestada ao instituto constante do artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 permite que se concreti-

zem as exigências do princípio da igualdade e da capacidade contributiva.

Um exemplo hipotético haverá de ilustrar o raciocínio. Sejam duas empresas, "A" e "B", que, situadas à margem de um mesmo rio na região italiana de Emilia-Romagna, e contando com igual número de empregados identicamente capacitados, ocupam-se com a produção de presunto de parma, especiaria local com qualidade equivalente.

Ora, tratando-se de empresas que exercem a mesma atividade, no mesmo lugar, sob idênticas condições, com empregados identicamente habilitados, exigem os princípios da igualdade e seu corolário da capacidade contributiva que ambas recebam igual tratamento tributário. É dizer, o princípio da igualdade, verdadeiro pilar dos sistemas tributários hodiernos, exige que, em matéria de impostos, contribuintes com igual capacidade econômica contribuam igualmente para os gastos coletivos, sem quaisquer privilégios.

Insira-se, no exemplo acima, uma única diferença entre as duas fábricas. Seja, pois, que a empresa "A" tenha se capitalizado a partir dos recursos de seus próprios sócios, enquanto a empresa "B" buscou capital para sua atividade em empréstimos contraídos de instituição financeira. No mais, tudo permanece igual: ambas as empresas contaram com iguais recursos financeiros e desempenharam igual atividade, em igual mercado, com igual sucesso.

Logo se vê que, tão somente em razão da origem do capital da empresa (sócios ou banco), submetem-se as empresas "A" e "B" a regimes tributários nitidamente distintos: a última, que se socorreu da instituição financeira, deduz os juros pagos como despesa, ao passo que a primeira, que se valeu de seus sócios, terá lucro tributável superior, vez que a ela não será permitida qualquer dedução.

Têm-se, assim, dois contribuintes que geram igual riqueza submetidos a tratamento tributário diversos, em evidente ofensa ao princípio da igualdade.

Tal circunstância apenas justificar-se-ia na medida em que se vislumbrasse, a partir desta diferenciação, a realização de algum objetivo constitucional. É o que ocorre, por exemplo, na esfera ambiental: se a proteção ao meio ambiente é prestigiada pelo contribuinte, justificado conferir tratamento tributário mais benéfico àquele agente que atua em seu favor.

Todavia, não parece haver, na Ordem Econômica constitucional, fundamento para que haja diferenciação em função da origem do capital utilizado pela empresa para a sua atividade. Noutras palavras, não se encontra, dentre os princípios balizadores da Ordem Econômica, mandamento cujo conteúdo prestigie o incentivo à capitalização das empresas através de empréstimos de terceiros em detrimento de seus sócios, e que justificaria, no exemplo, o tratamento mais benéfico conferido à empresa "B".

É neste ponto que se revela, a partir de uma perspectiva essencialmente tributária, a relevância dos juros sobre o capital próprio. Tal instituto, ao permitir que as empresas que se valem de recursos de seus próprios sócios ou acionistas tomem a dedutibilidade dos valores pagos enquanto remuneração pelo referido capital, restabelece a igualdade destes em relação a contribuintes que, com igual capacidade econômica, façam uso de capital emprestado por terceiros.

No aludido exemplo, apenas a faculdade de se pagarem juros sobre o capital próprio, sendo estas despesas dedutíveis de "A", colocaria ambas as empresas em iguais condições, uma vez que os valores pagos a título de juros decorrentes dos empréstimos contraídos pela empresa "B" seriam despesas dedutíveis desta empresa. Afasta-se, assim, desigualdade insustentável do ponto de vista constitucional, dando-se tratamento equivalente ao financiamento da empresa por seus próprios sócios e ao financiamento por terceiros.

Em síntese, por meio dos juros sobre capital próprio, assegura-se igual tratamento tributário à atividade empresarial, afastando-se a diferenciação por conta da origem de seu capital (próprio ou de terceiros).

Do ponto de vista do investidor, também, se concretiza a igualdade, naquilo que se equiparam ambas as situações. Se é verdadeira a premissa de que do lucro obtido na atividade empresarial, uma parte corresponde à remuneração do capital e outra, à atividade produtiva, então não há razão para a remuneração do capital proveniente de aplicações financeiras ter tratamento diferente daquele mesmo capital investido na empresa. Daí a tributação exclusiva na fonte. É verdade que, na época da edição da Lei nº 9.249/1995, as aplicações financeiras de renda fixa eram tributadas a 15% na fonte, o que explica a alíquota aplicável aos juros sobre capital próprio. Hoje, com a mudança da tributação das aplicações financeiras, ainda se tem, nos termos da Lei nº 11.033/2004, a alíquota de 15% para aplicações a

longo prazo, justificando-se, igualmente, a tributação dos juros sobre capital próprio em nível equivalente a aplicações financeiras de longo prazo.

Tais considerações, intimamente relacionadas com o conceito econômico de custo de oportunidade, tornam razoável, do ponto de vista econômico e tributário, a consideração dos pagamentos dos juros sobre o capital próprio enquanto remuneração do capital, que é dedutível. É dizer, do ponto de vista tributário, a situação apresenta-se tal qual como se o sócio tivesse "emprestado" dinheiro à sociedade e recebesse juros desta, recebendo tal circunstância, em razão do princípio da igualdade, igual tratamento ao que é dado às empresas que se valem de financiamento de terceiros.

VI. Corolário: Base para os Juros sobre o Capital Próprio

A partir das considerações acima, já se torna possível enfrentar o problema que se coloca a partir das Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009: qual a base de cálculo adequada para o cômputo dos juros sobre o capital próprio?

Afinal, é sabido que a partir da edição das referidas leis, não mais é possível falar, mesmo de uma perspectiva de Direito Privado, em um único conceito de patrimônio. Este, ao lado do conceito clássico, que exige o cômputo de todos os direitos e obrigações, ganhou nova dimensão, com o avanço da contabilidade, que passa a ter em conta a realidade econômica. Já não interessa, por exemplo, se um bem foi adquirido ou alugado por longo prazo: as novas normas contábeis exigem que se reconheça o direito a sua fruição, independentemente da natureza do vínculo jurídico.

Se os juros sobre o capital próprio revelam-se, em sua natureza tributária, instituto com feições próprias, que procura remunerar o capital investido pelos sócios, então parece razoável sustentar que a realidade econômica, mais que questões de natureza jurídico-civil, devem prevalecer no cálculo daqueles juros. Afinal, o que se procura assegurar é que o investimento do acionista seja igualmente tratado, esteja ele no mercado financeiro ou em sua empresa. Também a perspectiva econômica exige que a empresa que se financia com capital de sócios tenha o mesmo tratamento daquela que busca recursos no mercado financeiro.

Se a fundamentação dos juros sobre o capital próprio tem inspiração na realidade econômica, parece acertado aplaudir a decisão do

legislador, a partir das Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, de determinar que o patrimônio se medisse conforme a realidade econômica empresarial. As referidas leis marcaram notável ruptura com o modelo até então vigente, no qual a legislação tributária exercia profunda influência na apuração do patrimônio contábil, obrigando a última a dobrar-se ao conceito de patrimônio acolhido pelo Direito Civil. É intuitivo, sob tais premissas, que aqueles juros devessem ser calculados sobre o patrimônio assim apurado.

Tal raciocínio, entretanto, deve ser confrontado com o texto das Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009. Há que ter em mente, em síntese, que tais leis não tiveram por escopo modificar a legislação tributária.

Como se sabe, apenas com a Lei nº 11.638/2007 resgatou-se o papel da contabilidade que, deixando sua posição subalterna em relação ao legislador tributário, assumiu ares de protagonismo na legislação de mercado de capitais, destinando-se a oferecer ao mercado a necessária transparência da realidade econômica. A própria Lei nº 11.638/2007, buscando destacar a diferença entre as esferas contábil e fiscal, cuidou de garantir que as alterações contábeis não trouxessem efeitos na aplicação da legislação tributária, inserindo, para tanto, o parágrafo 7º no artigo 177 da Lei nº 6.404/1977. Tal dispositivo previa, de modo genérico, a neutralidade fiscal dos lançamentos efetuados “exclusivamente para harmonização das normas contábeis”²⁷.

Em face dos questionamentos que então se levantaram acerca da efetiva neutralidade assegurada pelo dispositivo, este foi revogado e substituído pelo Regime Tributário de Transição (RTT), previsto entre os artigos 15 a 24 da Lei nº 11.941/2009. Em síntese, o regime propugna que, para fins fiscais, deverão ser mantidos os critérios de reconhecimento de receitas, despesas e custos na apuração do lucro líquido do exercício vigentes em 31 de dezembro de 2007 (ou seja, antes da entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007)²⁸. Com tanto, pre-

²⁷ “§ 7º Os lançamentos de ajuste efetuados exclusivamente para harmonização de normas contábeis, nos termos do § 2º deste artigo, e as demonstrações e apurações com eles elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários.”

²⁸ “Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício de-

tendeu-se evitar que a introdução de conceitos econômicos despidos de suporte na legislação civil fosse absorvida pela legislação tributária.

Permaneceu, contudo, a questão de saber se o RTT permitira a existência de neutralidade fiscal em todas as circunstâncias.

Na Alemanha, cunhou-se a expressão *Steuerbilanz* (balanço fiscal) para se referir a demonstrações financeiras que, embora fortemente ligadas ao balanço contábil, deste se distanciam em função de sua finalidade tributária²⁹. Tal modelo existe para permitir a apuração de um lucro tributável que atenda ao princípio da isonomia, tomando como fio condutor a capacidade contributiva³⁰, ao mesmo tempo em que se mantém fiel ao Princípio da Legalidade.

Ora, tanto a contabilidade como a apuração do lucro líquido devem espelhar a realidade, ainda que constituam representações diferentes de um mesmo objeto. Para proporcionar tal baliza, tomou-se como dogma que o balanço contábil deve servir de base ao balanço fiscal (princípio da parametrização, ou *Massgeblichkeitsprinzip*), diferindo um e outro em função da existência de legislação tributária específica que dê outro tratamento à contabilização tributária.

Embora tanto o Brasil quanto a Alemanha adotem a premissa de que a partir da contabilidade societária seria possível extrair, com ajustes, o lucro tributário, há uma distinção profunda entre os dois modelos de dependência parcial ao se tratar da Lei nº 11.638/2007: na Alemanha, as adaptações são feitas sobre o balanço contábil, o que quer dizer que a contabilização de itens do ativo, do passivo e do patrimônio líquido sofre ajustes, daí resultado o lucro tributário. No Brasil, dispõe o artigo 6º do Decreto-lei nº 1.598/1977 que os ajustes são feitos diretamente ao lucro líquido apurado pela contabilidade, mantendo-se intocado o conteúdo das contas do balanço. Ou seja: o lucro real, na sistemática do Decreto-lei nº 1.598/1977, não seapura

finido no art. 191 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.”

²⁹ Cf. Günter Wöhe, “Vorwort”. *Die Handels- und Steuerbilanz*. Munique, Beck, 1977.

³⁰ Cf. Marion Kraus-Grünwald, “Steuerbilanzen - Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit contra Vorsichtsprinzip?” In: Wolfgang Budde; Adolf Moxter; e Klaus Offerhaus, *Handelsbilanzen und Steuerbilanzen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. h. c. Heinrich Beisse*. Düsseldorf, IDW, 1997, pp. 285-297 (286-291).

por meio de partidas dobradas. Não há, daí, que falar em balanço fiscal, no Brasil.

A inexistência de um balanço fiscal, propriamente dito, onde se evidenciaria um lucro tributável, não exclui, por outro lado, a constatação de que a adoção do RTT parece prever efetivos lançamentos contábeis, de modo a se chegar a demonstrações financeiras diversas daquelas válidas para efeitos societários. Utiliza-se o FCONT, no qual efetivas partidas dobradas são lançadas. Chegar-se-ia, enfim, a um novo balanço que, se não é o balanço fiscal a que se referem os alemães, certamente tampouco se identificaria com o balanço societário.

A existência de um balanço diverso do societário conduziria à consequência de que também se encontrariam dois patrimônios: um evidenciado no balanço societário (de índole econômico e outro, apontado após os lançamentos contábeis decorrentes do RTT, que recuperaria a natureza jurídico-civil de patrimônio).

Daí a questão: os juros sobre o capital próprio se apurariam a partir do patrimônio societário, ou daquele ajustado em decorrência dos lançamentos do FCONT?

A ideia de neutralidade, base para a própria criação do RTT, levava à imediata afirmação de que apenas o patrimônio apurado segundo as regras existentes antes de 31 de dezembro de 2007 poderia ser considerado, já que alterações posteriores não poderiam produzir consequências tributárias.

Esse raciocínio, entretanto, merece análise acurada.

Com efeito, não obstante se pretenda propagar a ideia de neutralidade, basta examinar algumas situações concretas, para se ver que nem sempre é ela alcançada. Tal é o caso de institutos que, embora vigentes no regime anterior, não foram mantidos pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009, a exemplo da reserva de reavaliação e do ativo diferido, que tinham tratamento fiscal próprio diretamente condicionado à forma como a contabilidade registra as operações nas contas do balanço da empresa. Em tais casos, havendo um modelo semelhante ao alemão, deveria ser feita uma reclassificação das contas do balanço societário para que dele se possa extrair o lucro tributário na forma anterior à Lei nº 11.638/2007. A Lei nº 11.941/2009 não enfrenta tais questões, tratando, apenas, do caso das subvenções e doações governamentais e dos prêmios na emissão de debêntures.

Daí se reconhecer que o RTT não seria completamente neutro do ponto de vista fiscal. Isso porque, em tal cenário, a extinção da reserva de reavaliação e do ativo diferido, por exemplo, implicariam o fim do tratamento fiscal correspondente, dada a impossibilidade do controle dos saldos como contas no Lalur. É dizer, apenas nas situações em que a Lei nº 11.941/2009 determinasse expressamente a criação de conta na contabilidade que permitisse o reconhecimento da receita, custo ou despesa no momento estabelecido pela legislação tributária é que a neutralidade fiscal seria efetiva³¹.

A neutralidade fiscal, em síntese, conquanto tenha sido aspirada pelos autores da Lei 11.941/2009, nem sempre se concretiza.

Essa constatação exige que se retorne ao texto da referida lei para que se compreenda se, no caso dos juros sobre o capital próprio, exige-se sua apuração a partir dos critérios econômicos que informam a apuração do patrimônio líquido societário, ou sobre aquele apurado segundo os critérios do RTT que, de certa forma, retoma o conceito jurídico-civil de patrimônio.

É em tal contexto que surge a relevância do artigo 17 da Lei nº 11.941/2009, cujo inciso II dispõe:

“Art. 17. Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na competência conferida pelo § 3º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento:

(...)

II - realizar ajustes específicos ao lucro líquido do período, apurado nos termos do inciso I do *caput* deste artigo, no Livro de Apuração do Lucro Real, inclusive com observância do disposto no § 2º deste artigo, que revertam o efeito da utili-

³¹ Cf. Luís Eduardo Schoueri e Vinicius Feliciano Tersi. “Algumas ponderações a respeito do regime tributário de transição”. *Aspectos tributários da nova Lei Contábil: Lei 11.638/07 (com a Lei 11.941/09)*. In: Edison Carlos Fernandes e Marcelo Magalhães Peixoto (coords.). São Paulo: MP, 2010, pp. 347 a 371 (365-366).

zação de métodos e critérios contábeis diferentes daqueles da legislação tributária, baseada nos critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, nos termos do art. 16 desta Lei.”

Surpreendentemente, não se encontra qualquer menção a partidas dobradas, como faria crer a existência do FCONT.

Na verdade, o FCONT é figura criada pela Receita Federal do Brasil, por meio da Instrução Normativa nº 949/2009. Vejamos o que dispõe seu artigo 8º:

“Art. 8º. O FCONT é uma escrituração, das contas patrimoniais e de resultado, em partidas dobradas, que considera os métodos e critérios contábeis aplicados pela legislação tributária, nos termos do art. 2º.”

Aí está a referência às partidas dobradas! Não é matéria prevista pelo legislador; este limitou-se a exigir um ajuste ao lucro líquido, a ser registrado no Lalur.

O FCONT surge, portanto, com a natureza auxiliar, figura criada pela Administração Tributária, no interesse da fiscalização, que permite que se evidenciem os ajustes exigidos pelo artigo 17 da lei acima.

Daí a conclusão fundamental para o deslinde da presente questão: nos termos da Lei nº 11.941/2009, não existe previsão de um balanço diverso daquele contábil; o legislador trata de apenas um único balanço, prevendo, a partir daí, ajustes na apuração do lucro real. A simulação de um balanço que reflita as normas e critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007 nada mais é que uma ferramenta, criada pela Administração, para dar suporte ao ajuste previsto em lei.

Ora, constatando-se a inexistência de um balanço fiscal ao lado daquele levantado para fins societários, forçoso concluir que os juros sobre o capital próprio devem ser calculados a partir do patrimônio apurado nos termos da Lei nº 11.638/2007; não há como ser diferente, tendo em vista ser este o único patrimônio existente, que apenas será submetido a ajustes, no âmbito do Lalur, em função da apuração do lucro real.

Não há mais que falar em patrimônio apurado segundo a definição acolhida pelo Direito Civil. A universalidade de direitos e obrigações (civis) já não mais consta das demonstrações financeiras das sociedades. Os cálculos efetuados no FCONT servem de mero amparo para um lançamento efetuado no Lalur.

Ora, se o artigo 9º da Lei nº 9.249/1995 exige que os juros sobre o capital próprio se calculem sobre o patrimônio líquido da sociedade e se este passou a ser apurado segundo critérios econômicos, é sobre esse valor que se apuram aqueles juros, não sobre um outro patrimônio, apurado em um livro auxiliar (FCONT) que sequer tem previsão legal.

Vale rere o texto do artigo 17 da Lei nº 11.941/2009, acima reproduzido. Enquanto em sua primeira versão, já revogada, o princípio da neutralidade contemplado pela Lei nº 11.638/2007 vedava “quaisquer outros efeitos tributários” decorrentes dos lançamentos efetuados, a nova redação legal é mais restrita, impondo apenas um ajuste no lucro líquido, para a apuração do lucro real, correspondente à reversão *do efeito da utilização de métodos e critérios contábeis diferentes daqueles da legislação tributária, baseada nos critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.*

Ora, no caso dos juros sobre o capital próprio, está-se a aplicar legislação tributária anterior a 31 de dezembro de 2007. Não há, pois, o que reverter. O que ocorre é que essa legislação (o artigo 9º da Lei nº 9.249/1995) exige cálculo que considera, em sua fórmula, grandeza espelhada no balanço da empresa. As Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009 não modificaram o cálculo, mas o substrato sobre o qual aquele se faz. Os métodos da legislação tributária vigentes em 31 de dezembro de 2007 permaneceram intocados.

Poder-se-ia contrapor a essa conclusão a alegação de que embora intactos os métodos tributários, a base sobre a qual a lei tributária incide foi alterada e, portanto, abalou-se igualmente o resultado, frustrando-se a neutralidade.

Ora, a neutralidade, como se viu, não é absoluta. Ela é fruto do texto legal, que não dá a abrangência que se poderia imaginar. Basta considerar, para tanto, o caso dos dividendos, contemplados pelo artigo 10 da mesma Lei nº 9.249/1995. São eles calculados a partir do patrimônio da sociedade, apurado em conformidade com as normas contábeis hoje vigentes. Acaso a neutralidade implicaria afirmar que a isenção ali assegurada apenas se estenderia a dividendos apurados segundo os critérios vigentes em 31 de dezembro de 2007 e que valores excedentes não teriam o tratamento tributário de dividendos? Ou, ao contrário, que apesar de a contabilidade apontar valor ínfimo de dividendos, haveria que assegurar isenção sobre montante maior, apurado segundo os antigos critérios contábeis? Um e outro raciocí-

nio não poderiam prosperar: a legislação tributária isenta os dividendos pagos pela pessoa jurídica. A forma como os dividendos se apuram é matéria da legislação societária. Sobre os dividendos assim apurados aplica-se a legislação tributária.

De igual modo há que se raciocinar no caso dos juros sobre o capital próprio: a legislação tributária vigente em 31 de dezembro de 2007 permanece, nessa matéria, intocada pelas Leis nºs 11.638/2007 e 11.941/2009. Estas, por certo, afetaram a própria apuração do patrimônio, como o fizeram com relação aos dividendos. Assim como a lei tributária se aplica sobre os dividendos assim apurados, incide ela sobre o patrimônio.

Confirma-se, com isso, o que acima já se intuía acerca dos juros sobre o capital próprio. Por sua natureza, servem eles para remunerar o capital dos sócios, investido na sociedade. Se a contabilidade evolui, a ponto de oferecer ferramenta mais confiável para a quantificação econômica do sacrifício dos sócios, então é a grandeza assim apurada a mais idônea para o cálculo daqueles juros. A inexistência de previsão legal de apuração de um patrimônio jurídico-civil reforça a ideia de que será o patrimônio contábil a base para o cálculo daqueles juros.

VII. Conclusão

Embora a discussão sobre a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio marque-se pela insistência na classificação do instituto a partir de categorias de Direito Privado, não se extrai qualquer mandamento do Código Tributário Nacional que importe a vinculação do legislador tributário às noções de Direito Civil. Muito pelo contrário, há que se reconhecer, a partir da autonomia do Direito Tributário, que o legislador pode utilizar-se de conceitos próprios, sem qualquer correspondência com noções privadas, para disciplinar a tributação.

Tal é o caso dos juros sobre o capital próprio, que, inseridos no ordenamento pátrio pela Lei nº 9.249/1995, correspondem a legítimo conceito de Direito Tributário. Inapropriado, assim, discutir-se a sua compatibilidade com as figuras dos juros ou dividendos, conforme estas se encontram definidas e qualificadas pelo Direito Privado.

Partindo-se da noção de custo de oportunidade, constata-se que o conceito tributário de juros sobre o capital próprio nada mais é que a remuneração do capital empregado pelo acionista na empresa, tal

qual ocorre em um financiamento de terceiros. Já por tal raciocínio, intui-se que se deve buscar uma grandeza econômica como base para sua apuração. Estendendo a possibilidade de dedutibilidade também para financiamentos derivados dos próprios sócios ou acionistas, os juros sobre o capital próprio cumprem importante papel em atender às exigências do princípio da igualdade e seu corolário, o princípio da capacidade contributiva.

Constatando-se a inexistência de um balanço diverso do societário, apurado a partir do disposto na Lei nº 11.638/2007, há que se reconhecer que o cálculo dos juros sobre o capital próprio tem por base o patrimônio contábil, desconsiderando os ajustes que sobre este são feitos para fins de apuração do lucro real. Não é outra a conclusão a que se chega a partir do caráter jurídico-tributário do instituto enquanto remuneração do capital.