

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

DAVID DE ALMEIDA

**DESAFIOS TRIBUTÁRIOS AO FINANCIAMENTO DAS SOCIEDADES
EMPRESARIAIS POR MEIO DE INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS**

**SÃO PAULO
2018**

DAVID DE ALMEIDA

**DESAFIOS TRIBUTÁRIOS AO FINANCIAMENTO DAS SOCIEDADES
EMPRESARIAIS POR MEIO DE INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial para a obtenção do título de MESTRE no Programa de Mestrado Profissional.

Linha de pesquisa: Direito Tributário Aplicado

Orientador: Prof. Dr. Roberto França de Vasconcellos

SÃO PAULO

2018

Almeida, David de.

Desafios tributários ao financiamento das sociedades empresariais por meio de instrumentos financeiros híbridos / David de Almeida. - 2018.

78 f.

Orientador: Roberto França de Vasconcellos

Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Sociedades por ações - Financiamento. 2. Instrumentos financeiros. 3. Direito tributário. I. Vasconcellos, Roberto França de. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347

DAVID DE ALMEIDA

Desafios tributários ao financiamento das sociedades empresariais por meio de instrumentos financeiros híbridos

Dissertação apresentada na Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, no Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento como requisito para a conclusão do curso de Mestrado Profissional.

Campo de Conhecimento: Direito Tributário

Data de aprovação:

__/__/____

Banca examinadora:

Roberto França de Vasconcellos (Orientador – EDESP-FGV)

Flavio Rubinstein (EDESP-FGV)

Edison Carlos Fernandes (EDESP-FGV)

Rudah Giasson Luccas (EDESP-FGV)

AGRADECIMENTOS

À Lu e Don, que cuidaram de mim para que eu cuidasse do meu trabalho.

Aos meus pais e irmãos.

Ao meu orientador Professor Dr. Roberto França de Vasconcellos.

RESUMO

Após a introdução do *International Financial Reporting Standards* (“IFRS”) no Brasil por meio da Lei nº 11.638/2007, a discussão acerca da classificação contábil dos instrumentos financeiros híbridos como dívida ou patrimônio se intensificou. Isso porque a introdução do IFRS no Brasil não foi acompanhada da alteração ou reavaliação dos instrumentos financeiros previstos na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976).

Nesse ínterim, sociedades empresárias foram obrigadas a contabilizar no passivo valores anteriormente contabilizados no patrimônio líquido. No caso das companhias abertas, a CVM requereu a reelaboração das demonstrações financeiras de 5 (cinco) sociedades cujos instrumentos financeiros híbridos foram classificados no patrimônio líquido, ao invés do passivo.

A prática tributária não se mantém ao largo dessa discussão. Não obstante a publicação da Lei 12.973/2014, que, em tese, neutralizou os efeitos tributários dos novos métodos e critérios contábeis, a reelaboração da demonstração financeira por determinação da CVM traz consequências tributárias não reguladas pelo legislador, tais como alteração do lucro líquido, limite de subcapitalização e método de equivalência patrimonial.

Diante da utilização pelo direito tributário de institutos, conceitos e formas de direito privado, tais como lucro e patrimônio líquido, o que se propõe a analisar são os efeitos tributários decorrentes da reelaboração da demonstração financeira determinada pela CVM.

Palavras-chave: IFRS. Instrumentos Financeiros Híbridos. Lei nº 12.973/2014. CVM.

ABSTRACT

After the establishment of the International Financial Reporting Standards (“IFRS”) in Brazil by means of Law n° 11.638/2007, the discussion about the accounting classification of financial hybrid instruments as debt or equity was intensified considering that this establishment was not followed by amendment or reassessment of financial instruments provided by the Business Corporation Law (Law n° 6.404/1976).

In the meantime, business enterprises were obliged to record under liabilities numbers previously recorded under shareholders’ equity. In the case of listed companies, the Securities and Exchange Commission (“CVM”) required the re-elaboration of financial statements from 5 (five) corporations which financial hybrid instruments were classified under shareholders’ equity and not under liabilities.

The tax practice does not distance itself from this discussion. Despite the publication of Law n° 12.973/2014, that, in theory, neutralized the tax effects of the new methodology and accounting criteria, the re-elaboration of financial statements determined by the Securities and Exchange Commission (“CVM”) has tax consequences not regulated by the legislator, such as net profit change, undercapitalization limit and equity method.

Considering the use by tax law of standards, concepts and forms from private law, such as profit and shareholder’s equity, what is proposed to be analyzed are the tax effects generated by the re-elaboration of financial statements determined by the Securities and Exchange Commission (“CVM”).

Keywords: International Financial Reporting Standards (“IFRS”). Financial Hybrid Instruments. Law n° 12.973/2014. Securities and Exchange Commission (“CVM”).

LISTA DE ABREVIATURAS

ABRASCA - Associação Brasileira das Companhias Abertas

BACEN – Banco Central do Brasil

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CCB – Código Civil Brasileiro

CF – Constituição Federal do Brasil

CFCo - Conselho Federal de Contabilidade

CNI – Confederação Nacional da Indústria

CPC – Comitê de Pronunciamentos Contábeis

CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

CTN – Código Tributário Nacional

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

FIPECAFI - Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras

FGV – Fundação Getúlio Vargas

GAAP - *Generally Accepted Accounting Principles*

GAAR – *General Anti Avoidance Rules*

IAS - *International Accounting Standards*

IBRACON - Instituto dos Auditores Independentes do Brasil

IFRS – *International Financial Reporting Standards*

IN RFB – Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil

IRPJ – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica

IRRF – Imposto sobre a Renda Retido na Fonte

JCP – Juros sobre o Capital Próprio

LIBOR - *London Interbank Offered Rate*

LSA – Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976)

MP – Medida Provisória

MP 2.158 – Medida Provisória 2.158-35/01

MTC– *OECD Model Tax Convention on Income and Capital*

OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico

P&D – Pesquisa e Desenvolvimento

PORTARIA MF – Portaria do Ministro de Estado da Fazenda

RTT- Regime Tributário de Transição

SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJLP – Taxa de Juros de Longo Prazo

USP – Universidade de São Paulo

WEF - *World Economic Forum*

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO	11
1.1 – PANORAMA GERAL	11
1.2 - OBJETO DO ESTUDO E A DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	12
1.3 – ESTRUTURA DO TRABALHO	12
1.4 – RELEVÂNCIA DO ESTUDO	13
CAPÍTULO II – FINANCIAMENTO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA	14
2.1 - SOCIEDADE EMPRESÁRIA E A ASSUNÇÃO DOS RISCOS PELO EMPRESÁRIO	14
2.2 – CAPITALIZAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA.....	16
2.3 – SUBCAPITALIZAÇÃO.....	19
2.4 - LIMITAÇÕES TRIBUTÁRIAS AO FINANCIAMENTO POR MEIO DE DÍVIDAS	22
CAPÍTULO III – TRATAMENTO CONTÁBIL DISPENSADO AOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS	27
3.1 – IFRS – <i>INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS</i>	27
3.2 – INSTRUMENTOS HÍBRIDOS.....	30
3.3 – INSTRUMENTOS HÍBRIDOS NO BRASIL.....	34
3.4 – RECLASSIFICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS PELA CVM.....	38
CAPÍTULO IV – IFRS E NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA	41
4.1 – NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA – LEI 12.973/2014.....	41
4.2 – NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E A REPUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS	46
4.3 – SUBJETIVIDADE DO IFRS E OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DOS INSTITUTOS E CONCEITOS DO DIREITO PRIVADO	54
4.4 - INSTITUIÇÃO DA <i>TIE-BREAKER RULES</i>	60
CAPÍTULO V – CONCLUSÕES	65
REFERÊNCIAS	69

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1.1 – PANORAMA GERAL

O financiamento das sociedades empresariais por meio de instrumentos que conjugam, concomitantemente, elementos de capital e dívida, doravante denominados instrumentos financeiros híbridos, bem como a adoção, pelo Brasil, país de tradição civilista, do IFRS, provocaram profundas alterações nas regras societárias e tributárias observadas pelas sociedades empresariais.

Se na prática societária a CVM, baseada no disposto no artigo 10-A da Lei nº 6.385/1976, e no artigo § 3º do artigo 177 da LSA, que autoriza a celebração de convênio com entidade especializada na emissão de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, para adotar, no todo ou em parte, seus pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas, requereu a republicação das demonstrações financeiras de cinco sociedades empresariais, no aspecto tributário o cenário é dubio.

Ciente dos impactos tributários decorrentes da adoção dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pelo IFRS, o legislador introduziu por meio da Lei nº 12.973/2014 duas regras de neutralidade: (i) específica, para os instrumentos financeiros híbridos; e (ii) geral, para as demais hipóteses.

Todavia, diante da remissão pelo direito tributário a conceitos contábeis, cuja composição é usualmente alterada na hipótese de republicação da demonstração financeira, constata-se que as regras de neutralidade inseridas pelo legislador se mostraram insuficientes para o equacionamento da questão, especificamente no que tange a alteração do lucro líquido, limite de subcapitalização e método de equivalência patrimonial, conceitos utilizados pela legislação tributária.

No âmbito internacional o debate acerca dos efeitos fiscais provocados pela utilização dos instrumentos financeiros híbridos está no epicentro da Ação nº 2 do BEPS, e da legislação de alguns países, como os Estados Unidos, que permitem a reclassificação do instrumento financeiros pelas autoridades fazendárias, para fins fiscais.

A complexidade dos novos instrumentos financeiros, que conjugam elementos de capital e dívida, e a autonomia atribuída às Partes na sua formatação, propiciaram o surgimento de testes para fins de distinção entre instrumentos de capital e dívida. No Brasil, entretanto, os balizamentos constitucionais e legais da renda, obtidos da interpretação sistemática dos artigos 150, I, e 153, III, da Constituição Federal, bem como do artigo 43 do CTN, não permite a mera importação de métodos estrangeiros, sob pena de violação a legislação vigente.

Nesse sentido, a segurança jurídica necessária ao financiamento das sociedades empresariais por meio de instrumentos híbridos somente será alcançada mediante providências por parte do legislador brasileiro. Por exemplo, a introdução na legislação tributária nacional de regras de desempate (“*tie-breaker rules*”), contendo critérios objetivos a serem aplicados conforme as características do instrumento financeiro híbrido. Constata a preponderância de elementos de capital, ao instrumento financeiro seria atribuído tratamento fiscal de patrimônio, sem direito a dedutibilidade das remunerações. Em sentido contrário, constatada a preponderância de elementos de passivo, ao instrumento financeiro seria atribuído tratamento fiscal de dívida, fazendo jus a dedutibilidade das remunerações.

1.2 - OBJETO DO ESTUDO E A DELIMITAÇÃO DO TEMA

O objeto do estudo são os efeitos tributários decorrentes da reelaboração da demonstração financeira determinada pela CVM, especificamente em relação aos instrumentos financeiros híbridos.

1.3 – ESTRUTURA DO TRABALHO

O trabalho foi estruturado em 5 (cinco capítulos), sendo o capítulo I dedicado à introdução e a relevância do estudo.

O capítulo II dedica-se à contextualização do financiamento das sociedades empresárias, com destaque para as restrições tributárias ao financiamento das sociedades por meio de dívida.

O capítulo III aborda a introdução do IFRS no Brasil e o problema atinente a adequada contabilização dos instrumentos financeiros híbridos. Após a conceituação e discriminação dos instrumentos híbridos utilizados no Brasil, aborda-se a republicação das demonstrações financeiras de cinco sociedades empresariais determinadas pela CVM, sob a alegação de contabilização inadequada dos instrumentos financeiros híbridos.

O capítulo IV se dedica a análise da neutralidade tributária prevista na Lei nº 12.973/2014, na hipótese de alteração ou adoção de novos conceitos contábeis, e a sua inadequação na mitigação dos efeitos tributários oriundos da republicação das demonstrações financeiras por determinação da CVM. Propõe, por fim, a introdução no Brasil das regras de *tie-breaker rules*, que norteariam o contribuinte acerca do tratamento fiscal a ser atribuído aos instrumentos financeiros híbridos.

No capítulo V são repassados os elementos desenvolvidos ao longo do presente trabalho, sintetizando os principais aspectos expostos.

1.4 – RELEVÂNCIA DO ESTUDO

A relevância do estudo pode ser atribuída a atual insegurança jurídica enfrentada pelas sociedades empresariais no Brasil, especificamente no que se refere a utilização de instrumentos financeiros híbridos para o financiamento das respectivas atividades.

A subjetividade do IFRS introduzido no Brasil, conjugado com conceitos societários e princípios contábeis adotados pela CVM, e a atual postura do Fisco brasileiro na desconsideração dos negócios jurídicos, ora sob a alegação de fraude a lei, abuso de direito, abuso de forma, ausência de propósito negocial, dentre outros, suscita diversos questionamentos acerca do correto tratamento fiscal a ser dispensado aos instrumentos financeiros híbridos.

Não obstante a neutralidade tributária prevista na Lei nº 12.973/2014, na hipótese de alteração ou adoção de novos conceitos contábeis, a norma, conforme será demonstrado, é inadequada em relação a mitigação dos efeitos tributários oriundos da republicação das demonstrações financeiras por determinação da CVM. A fim de equacionar

essa questão, o presente trabalho propõe a introdução no Brasil das regras de *tie-breaker rules* a fim de orientar o contribuinte acerca do correto tratamento fiscal a ser atribuído a esses instrumentos.

CAPÍTULO II – FINANCIAMENTO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

2.1 - SOCIEDADE EMPRESÁRIA E A ASSUNÇÃO DOS RISCOS PELO EMPRESÁRIO

Sob as perspectivas histórica e econômica é possível afirmar que as sociedades empresárias surgiram como instrumento facilitador das necessidades econômico-social e do tráfico mercantil, viabilizando o crescimento das atividades comercial e industrial¹. Se inicialmente as sociedades eram financiadas por familiares², pelo Estado³, o advento da produção em massa⁴ e a crescente demanda por crédito⁵ propiciaram a introdução de capitais e pessoas estranhas à formação originária, culminando, posteriormente, na segregação da contabilidade doméstica e comercial, e na limitação da responsabilidade dos sócios em determinados tipos societários.⁶

A constituição da sociedade empresária pressupõe a existência de empresa e empresário, conceitos intrinsecamente associados. Sociedade empresária é o sujeito de direito⁷⁸,

¹ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária. Financiamento e responsabilidade.** 1º ed. Belo Horizonte.: Editora Forum. p. 57.

² WEBER, Max. **História geral da economia.** Tradução de Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 212

³ LISBOA, José da Silva. **Princípios de direito mercantil e lei de marinha.** Serviço de Documentação do M.J.N.I., 1963. p. CCCLXIV.

⁴ BALLANTINE, Henry Winthrop. **On Corporations.** Chicago: Callaghan and Company, 1927. p.1.

⁵ WEBER, op. cit., p. 213.

⁶ WIEDEMANN, Herbert. **Gesellschaftsrecht: Ein Lehrbuch des Unternehmens – und Verbandsrechts.** München: Beck, 1980. Vol. 1. p. 518.

⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 27ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2007. Vol.1. p. 60.

⁸ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

o empresário sob a forma coletiva, com finalidade lucrativa^{9 10}. Empresa é a organização especializada e profissional^{11 12 13}, pelo empresário, dos fatores de produção aptos a atingir resultado econômico.^{14 15}

Essas características foram incorporadas pelo artigo 966 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), cuja definição de empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”¹⁶. Adicionalmente, conforme Giuseppe Ferri e Bulhões Pedreira, o risco, ou seja, a assunção integral das consequências favoráveis e desfavoráveis da empresa, está associada ao conceito de empresário, posto a obrigatoriedade de assunção do ônus e bônus decorrentes da consecução da atividade^{17 18} posicionamento que se coaduna com a legislação societária brasileira^{19 20}.

Atualmente o elemento risco, suportado pelo empresário, não está mais adstrito as questões teóricas. Conforme será demonstrado, se trata de um dos principais

⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas: Bastos, 1995. p 34.

¹⁰ Silva. De Plácido e. **Noções práticas de direito comercial**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. Vol. 1. p. 142 e 143.

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol.1. p. 63.

¹² Conforme Rubens Requião, empresa é a atividade desempenhada pelo empresário. REQUIÃO, op. Cit, p. 51.

¹³ Conforme Francesco Ferrara Jr., as características inerentes à empresa são: (i) produção e comercialização de bens e serviços; (ii) de forma organizada; e (iii) exercida de forma profissional. FERRARA JR., Francesco. **Gli Impreditori e le società**. Milano: Giuffrè, 1975. p. 32.

¹⁴ FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 4ª ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1976. p. 33-34.

¹⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Do direito do acionista ao dividendo**. São Paulo: Obelisco Ed. 1969. p. 11.

¹⁶ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁷ FERRI, op. cit., p. 35.

¹⁸ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 269-272.

¹⁹ Art. 1.008 do Código Civil:

É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

²⁰ Artigo 215, Lei nº 6.404/1976:

Art. 215. A assembleia-geral pode deliberar que antes de ultimada a liquidação, e depois de pagos todos os credores, se façam rateios entre os acionistas, à proporção que se forem apurando os haveres sociais.

§ 1º É facultado à assembleia-geral aprovar, pelo voto de acionistas que representem 90% (noventa por cento), no mínimo, das ações, depois de pagos ou garantidos os credores, condições especiais para a partilha do ativo remanescente, com a atribuição de bens aos sócios, pelo valor contábil ou outro por ela fixado.

§ 2º Provado pelo acionista dissidente (artigo 216, § 2º) que as condições especiais de partilha visaram a favorecer a maioria, em detrimento da parcela que lhe tocara, se inexistissem tais condições, será a partilha suspensa, se não consumada, ou, se já consumada, os acionistas majoritários indenizarão os minoritários pelos prejuízos apurados.

elementos utilizados pela doutrina e pela OCDE para distinguir o patrimônio da dívida, com os respectivos efeitos tributários atinentes à dicotomia^{21 22}.

2.2 – CAPITALIZAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A constituição e a consecução das atividades pela sociedade empresária pressupõem a existência de patrimônio mínimo, cuja origem remonta ao patrimônio de terceiros. A partir dessa transferência, a exploração da atividade empresarial poderá ocorrer mediante a utilização do capital de terceiros (fonte externa) ou do capital próprio (fonte interna).²³

Para Francesco Galgano, o capital de terceiros pode ser compreendido como os valores provenientes de financiamento externo da atividade ou obtidos de terceiros para aplicação no empreendimento.²⁴ Herbert Wiedemann, por seu turno, afirma que o capital de terceiros é montante transferido para a sociedade por tempo determinado, contra remuneração fixa e independente de perdas da atividade empresária²⁵. Em relação ao capital próprio, ainda segundo Wiedemann, trata-se de meios em dinheiro ou outros bens disponíveis à *fond perdu* da sociedade, sem prazo, sendo medida de equivalência de distribuição de lucros²⁶.

²¹ TORRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional – Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 533-534.

²² VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital, with Particular Reference to German Treaty Practice**. 3ª ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 651.

²³ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 202 e ss.

²⁴ GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale: Le società**. 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1977. p. 203.

²⁵ WIEDEMANN, Herbert. **Gesellschaftsrecht: Ein Lehrbuch des Unternehmens – und Verbandsrechts**. München: Beck, 1980. Vol. 1. p. 196 e 280.

²⁶ WIEDEMANN, op. cit. 554 e 558.

Se no início²⁷ o patrimônio era exclusivamente afetado à exploração das atividades comerciais e industriais^{28 29}, a ausência de controle na integralização do capital, a produção em massa e a introdução de pessoas e capitais estranhos às sociedades, aliados a dependência cada vez maior do capital de terceiros, culminou na inovação do ordenamento jurídico então vigente, que limitou, em determinados tipos de sociedade³⁰, a responsabilidade dos sócios ao capital social integralizado, reduzindo, com isso, o risco comercial e jurídico dos sócios e credores, na hipótese de insucesso da atividade comercial.³¹

Nesse momento, conforme Paulo de Tarso Domingues, o capital social se dissocia do patrimônio, relega a segundo plano a sua histórica função instrumental, e assume a dupla função de garantia mínima dos credores, e responsabilização máxima dos sócios³².

Entretanto, após a Revolução Industrial, que exigiu considerável mobilização de bens e valores, e, atualmente, diante das macroempresas, se constatou a ausência de capacidade da sociedade empresarial se autofinanciar. Adicionalmente, não raro a utilização do capital de terceiros é mais vantajosa do que a manutenção de capital próprio para essa finalidade³³, ou seja, sob a ótica financeira, emprestar é melhor do que comercializar³⁴.

²⁷ Conforme José Carlos Moreira Alves, para fins didáticos, o financiamento da exploração da atividade comercial e industrial se divide em três períodos (i) pré-clássico, no qual o patrimônio pertencia a distintas pessoas associadas; (ii) clássico, no qual se inicia a construção de entes abstratos, que poderiam se tornar titular de direitos e (iii) pós clássico, no qual surgiu a atribuição de direitos a entes abstratos e a independência patrimonial quanto aos sócios ou componentes. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Vol.1. p. 132.

²⁸ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária. Financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 39.

²⁹ PAULA, Euripedes Simões de. **As origens das corporações de ofício: as corporações em Roma**. Revista de História. São Paulo: jan./mar.1966. Nº 65. p. 56-57

³⁰ Para Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, qualquer que seja o real significado do termo capital social, a técnica jurídica lhe construiu como um sistema de proteção aos credores para limitar a responsabilidade ao capital social integralizado. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233.

³¹ DINIZ, op. cit, p. 57.

³² DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do capital social**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 202.

³³ DINIZ, op. cit, p. 67.

³⁴ DINIZ, op. cit, p. 59.

Face a esse novo contexto, diversos Países^{35 36 37} adaptaram a legislação a fim de se adequar a essa realidade. No Brasil, salvo em hipóteses específicas^{38 39 40 41}, a legislação não estabelece valor mínimo de capital para a constituição e manutenção de sociedade empresarial⁴², inclusive sob o tipo societário aberto. A proteção do crédito de terceiros nas companhias abertas ocorre por meio da publicidade dos atos societários⁴³, e não mediante a exigência de capital mínimo.

Conforme Paulo de Tarso Domingues:

tratou-se de uma opção política legislativa consciente, porquanto, conforme se pode ler no preâmbulo, não se quis reservar o modelo para as grandes empresas, dado que embora muitas das pequenas companhias existentes no país pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma da companhia que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras.⁴⁴

Sob a ótica econômica, a estrutura de capital das sociedades empresárias tem sido objeto de reiterados estudos, sem, contudo, alcançar entendimento dominante. Acerca do tema, Maurício Ribeiro do Vale conclui que “se voltarmos às perguntas” e nós, o que sabemos

³⁵ Bélgica – Lois coordonnées – artigos 29 ter e 120 – Exige plano financeiro justificativo do capital social.

³⁶ Estados Unidos – California Corporation Code – 1975 – Estabelece coeficiente de solvência.

O artigo 6º da Segunda Diretiva sobre Sociedades pertencente à Comunidade Europeia estipula que “Para a constituição da sociedade ou para obtenção da autorização para iniciar as suas atividades, as legislações dos Estado-membros devem exigir a subscrição de um capital mínimo que não pode ser fixado em montante inferior a 2500 A3ECUS”.

³⁷ Alemanha introduziu as *earnings stripping rules*. BOWITZ, Maximilian; HEINRI, Sebastian. **Germany**. In: MAISTO, Guglielmo (Coord.). **Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law**. Amsterdam: IBFD, 2012. Vol. 8. pp. 87-103.

³⁸ BATALHA, Wilson. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro, 1977. Vol. 1. p. 112.

³⁹ Decreto-Lei nº 1.248/72, artigo 2º, inciso III.

Lei nº 6019/1974

⁴⁰ Art. 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.

(...)

§ 6º - A Comissão poderá subordinar o registro a capital mínimo da companhia emissora e a valor mínimo da emissão, bem como a que sejam divulgadas as informações que julgar necessárias para proteger os interesses do público investidor.

⁴¹ Eireli – Lei nº 12.441/2011 – Exige a transferência de no mínimo 100 (cem) vezes o valor do salário mínimo vigente no País.

⁴² Para BATALHA, o “capital mínimo é o capital realizado indispensável para o exercício de determinado gênero de atividades, como, por exemplo, para as atividades bancárias e as atividades de seguro”. BATALHA, op. cit. p. 112.

⁴³ LORIA, Eli. **Estrutura e função do capital social na companhia aberta**. 2009. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 59.

⁴⁴ DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do capital social: noção, princípios e funções**. Coimbra: Editora, 1998. p. 45.

da estrutura de capital das nossas empresas? Como as nossas empresas escolhem suas estruturas de capital, responderia a primeira com “ainda não muita coisa” e a segunda com “sabemos ainda muito pouco”.⁴⁵

Isso porque relevantes pesquisas^{46 47} foram elaboradas sob arcabouço teórico e metodologia empírica aplicadas às empresas estabelecidas em países desenvolvidos, que, contudo, não consideraram as especificidades locais de cada País, tais como, no caso brasileiro, o ambiente das taxas de juros, demanda e oferta de capital, alternativas de financiamento via Banco Nacional do Desenvolvimento Social (“BNDES”), Crédito Rural e o acesso à fonte externa de financiamento⁴⁸.

O Autor conclui que:

Tanto da leitura de Leland e Pyle (1977) quanto de Flannery (1986), pode-se especular que são os investimentos, os projetos e os seus fluxos de caixa que influenciam a estrutura de capital e não o contrário: não são as decisões de estrutura de capital que influenciam os investimentos e o seu valor, mas as decisões de investimento que determinam o valor da empresa e sua estrutura de capital. Esta lógica pode ser questionada no contexto da Teoria de Agência.

Adicionalmente, Myers, em revisão literária, afirma que não há uma teoria universal acerca da forma de financiamento entre dívida e patrimônio, mas somente teorias que diferem em suas ênfases. A teoria de trade off enfatiza a questão tributária. A teoria de *pecking order* enfatiza a assimetria informacional e, por último, a teoria de *free cash flow*, que enfatiza a questão do custo de agência.⁴⁹

2.3 – SUBCAPITALIZAÇÃO

A ausência de exigência de capital mínimo, conjugada à inexistência de critério de relação adequada entre a atividade e o capital próprio, provoca, por vezes, o

⁴⁵ VALLE, Mauricio Ribeiro. **Estrutura de capital de empresas brasileiras em um ambiente de alta taxa de juros e na presença de fontes diferenciadas de financiamento**. 2008. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2008. p. 97 – 100.

⁴⁶ MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. **Corporate income taxes and the cost of capital: a correction**. Nashville: The American Economic Review, Jun. 1963. Vol. 53, nº 3. p. 433-443.

⁴⁷ MYERS, Stewart C. **Capital Structure**. The Journal of Economic Perspectives. Spring, 2001. Vol. 15, nº 2. p. 56.

⁴⁸ VALLE, op. cit, p. 31.

⁴⁹ MYERS, op. cit. pp. 81-102.

surgimento da subcapitalização nominal e material. A subcapitalização nominal ocorre quando a contribuição inicial dos sócios é insuficiente para a exploração da atividade empresarial. Os sócios optam pelo aporte de recursos na sociedade mediante mútuo, ou mediante a transferência de bens avaliados de forma majorada, assumindo a posição de credores.⁵⁰ A subcapitalização material, por seu turno, se caracteriza pelo desequilíbrio entre o capital próprio e os valores demandados para a exploração atividade, transferindo aos demais credores os riscos inerentes a figura do sócio.⁵¹

Em ambas hipóteses o aspecto debatido não é o empréstimo do sócio à sociedade, se realizado em condições de mercado⁵², posto a ausência de ilícito ou vedação legal, mas o fato de que os sócios, que deveriam suportar os riscos da sociedade⁵³ e que gozam do privilégio legal da limitação de responsabilidade, transferem o risco a terceiros e se atribuem direito preferencial ao recebimento dos empréstimos, diante do poder de deliberação e da influência nas decisões administrativas da sociedade.

Conforme Lucas Ramíres Bosco, “a inovação dos meios de financiamento da empresa causou a perda da sua utilidade inicial e, mais que isso, podia gerar a transferência dos riscos da empresa para os credores, denominado de sistema de *infracapitalización*”⁵⁴. Para Sylvio Marcondes, a proliferação do modelo de sociedade de responsabilidade limitada na Alemanha foi acompanhada de diversas distorções, dentre as quais a “majoração abusiva dos valores dos bens conferidos como capital, ora por excesso de créditos, permitido pela dispensa de publicação de balanços.”⁵⁵

Trata-se, como exposto, de desafio enfrentado por diversos Países. Segundo Berle e Means, a legislação americana que veda a distribuição do capital na hipótese de

⁵⁰ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária. Financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 162.

⁵¹ DINIZ, op. cit, p. 182.

⁵² TOKARS, Fabio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 193

⁵³ PIC, Paul. **Fine delle società commerciali**. Tradução de Arnaldo Bruschetti. Milano: Società Editrice Libreria, 1913. Vol.1. p. 47.

⁵⁴ RAMIREZ BOSCO, Lucas. **Responsabilidad por infracapitalizacion societária**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 51.

⁵⁵ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 197.

inexistência de lucro real é “norma destinada a proteger os credores” – isto é, a manter a integridade do capital subscrito com o objetivo de pagar as dívidas da empresa^{56 57}.

No entanto, não obstante o desafio e a importância do assunto, usualmente a subcapitalização nominal e material somente é constatada na hipótese de desequilíbrio financeiro da sociedade ou do sistema bancário, por exemplo⁵⁸. No Brasil, diante da ausência de regulamentação, exceto para fins tributários, a subcapitalização é arguida mediante interpretação sistemática de dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro.^{59 60 61}

⁵⁶ DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária. Financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 68.

⁵⁷ BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A Moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1984. p. 133.

⁵⁸ CASTELON, Marta Oliveros. **Reforma dos mecanismos de proteção do capital e do credor das limitadas europeias: o exemplo da Alemanha**. Revista de Direito Empresarial, nº 8. p. 211-252. Curitiba: Jarua, jul./dez. 2007. p.227-231

⁵⁹ Código Civil

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.

Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

⁶⁰ Lei nº 6.404/1976

Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17.

§ 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

§ 2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

⁶¹ Para Heleno Taveira Torres, não obstante a ausência de regulamentação da capitalização nominal no Brasil, os Juros sobre o Capital próprio são um incentivo a capitalização das sociedades mediante investimento, e não dívida. TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 553.

2.4 - LIMITAÇÕES TRIBUTÁRIAS AO FINANCIAMENTO POR MEIO DE DÍVIDAS

Na prática tributária o financiamento da sociedade empresária por meio de dívida é objeto de restrições legais⁶² em diversos países. No Brasil, especificamente a dedução das despesas financeiras está subordinada a regras distintas. A primeira regra são as condições

⁶² Art. 465. Considera-se pessoa ligada à pessoa:

I - o sócio ou acionista desta, mesmo quando outra pessoa jurídica;

II - o administrador ou o titular da pessoa jurídica;

III - o cônjuge e os parentes até o terceiro grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata o inciso I e das demais pessoas mencionadas no inciso II.

§ 1º Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado § 2º O valor do bem negociado frequentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes.

§ 3º O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço.

§ 4º Se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§ 2º e 3º e o valor negociado pela pessoa jurídica basear-se em laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, caberá à autoridade tributária a prova de que o negócio serviu de instrumento à distribuição disfarçada de lucros.

⁶² Lei nº 9.532/1997

Art. 60. O valor dos lucros distribuídos disfarçadamente, de que tratam os arts. 60 a 62 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, com as alterações do art. 20 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, serão, também, adicionados ao lucro líquido para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido.

⁶² Decretos-Lei nº 1.598/1977 (artigos 60 a 62), 2.065/83 (artigos 20 e 21) e Parecer Normativo nº 138/1975.

⁶² Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

IV - transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V - paga a pessoa ligada alugueis, *royalties* ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado;

VI - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

§ 1º O disposto nos incisos I e IV não se aplica nos casos de devolução de participação no capital social de titular, sócio ou acionista de pessoa jurídica em bens ou direitos, avaliados a valor contábil ou de mercado.

§ 2º A hipótese prevista no inciso II não se aplica quando a pessoa física transferir a pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante na respectiva declaração de bens.

§ 3º A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.

gerais de dedutibilidade^{63 64 65 66 67 68}, as quais estabelecem, em síntese, que a despesa deverá ser necessária à atividade da empresa e a fonte produtora de receitas, e usual ou normal no tipo de operações ou atividades da empresa.⁶⁹ Conforme Ricardo Mariz de Oliveira^{70 71}, para fins de dedução, (i) despesa não deve ser custo; (ii) despesa deve ser necessária; (iii) despesa deve

⁶³ Despesas com juros, descontos concedidos, despesas e comissões bancárias, despesas e comissões sobre financiamentos, variações e correções monetárias sobre obrigações, e outras. EQUIPE DE PROFESSORES DA FEA/USP. **Contabilidade Introdutória**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 161.

⁶⁴ Decreto-Lei 1.598/1977

Art 17 - Os juros, o desconto, a correção monetária prefixada, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures, ganhos pelo contribuinte, serão incluídos no lucro operacional e, quando derivados de operações ou títulos com vencimento posterior ao encerramento do exercício social, poderão ser rateados pelos períodos a que competirem.

Parágrafo único - Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas:

a) os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, a correção monetária prefixada e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata tempore*, nos exercícios sociais a que competirem;

b) os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados

⁶⁵ Art. 374. Os juros pagos ou incorridos pelo contribuinte são dedutíveis, como custo ou despesa operacional, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 17, parágrafo único):

I - os juros pagos antecipadamente, os descontos de títulos de crédito, e o deságio concedido na colocação de debêntures ou títulos de crédito deverão ser apropriados, *pro rata temporis*, nos períodos de apuração a que competirem;

II - os juros de empréstimos contraídos para financiar a aquisição ou construção de bens do ativo permanente, incorridos durante as fases de construção e pré-operacional, podem ser registrados no ativo diferido, para serem amortizados.

Parágrafo único. Não serão dedutíveis na determinação do lucro real, os juros, pagos ou creditados a empresas controladas ou coligadas, domiciliadas no exterior, relativos a empréstimos contraídos, quando, no balanço da coligada ou controlada, constar a existência de lucros não disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil (Lei nº 9.532, de 1997, art. 1º, § 3º).

⁶⁶ Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

⁶⁷ Lei 9.718/1998

Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.

⁶⁸ Vide Parecer Normativo – CST nº 32/81.

⁶⁹ Decreto nº 3.000/1999:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora;

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

⁷⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 685-723.

⁷¹ Vide também artigo 299 do Decreto nº 3000/1999.

ser comprovada e escriturada e (iv) despesa deve ser debitada no período competente. Em síntese, as despesas devem manter relação de pertinência com as atividades da pessoa jurídica⁷².

Observadas as condições gerais, o próximo obstáculo é a fixação do percentual de juros nas operações realizadas no Brasil ou com partes não relacionadas. Exceto no que tange as operações realizadas com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional⁷³, há 3 (três) possíveis conclusões acerca do limite de juros praticado pelas partes no Brasil: (i) Decreto nº 22.626/1933 (Lei da Usura)⁷⁴, conjugado com os artigos 406⁷⁵ e 591⁷⁶ do Código Civil, limitaria a fixação dos juros no dobro da taxa legal (SELIC); (ii) Decreto nº 22.626/1933 está revogado, motivo pelo qual os juros não podem ultrapassar a SELIC, artigos 406 e 591 do Código Civil; (iii) a taxa de juros está limitada a 12% ao ano, nos termos do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional⁷⁷ e no artigo 5º do Decreto nº 22.626/1933⁷⁸.

Nas operações com pessoas vinculadas no exterior, adicionalmente à regra geral, o artigo 22 da Lei nº 9.430/1996⁷⁹ estabelecia uma regra especial (*safe harbour* ou *safe haven*) para fins de dedutibilidade: (i) se o contrato de mútuo estivesse registrado no Bacen, seriam considerados dedutíveis os juros fixados pelas Partes; (ii) se não houvesse registro no Bacen, o limite seria a taxa Libor para o prazo de seis meses acrescido de 3% de *spread*.

⁷² Ademais, continua o Autor, para determinados tipos de despesas há normas que podem (a) proibir a dedutibilidade de uma determinada despesa; (b) limitar o valor da sua dedutibilidade; (c) condicionar a sua dedutibilidade ao cumprimento de algum requisito; (d) determinar a dedução em período base diferente no qual tenha sido contabilizada, ou ainda (e) atribuir-lhe algum tratamento fiscal específico (como certas deduções em dobro, a título de incentivo fiscal).

⁷³ Conforme AgRg no Recurso Especial nº 920.437 – RS (2007/0016604-4).

⁷⁴ Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal

⁷⁵ Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

⁷⁶ Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

⁷⁷ Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

⁷⁸ Art. 5º. Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.

⁷⁹ Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil, somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base na taxa Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de seis meses, acrescida de três por cento anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

No ano de 2012 esse cenário se alterou por meio da publicação das Leis nºs 12.715/2012 e 12.766/2012⁸⁰. A partir desse momento a taxa de juros submete-se, para fins de dedutibilidade,

até o montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada conforme este artigo, acrescido de margem percentual a título de spread, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

Adicionalmente, conforme Carlo Pelá⁸¹, a supressão da palavra “contratos”, além de limitar a dedutibilidade dos juros nas operações com partes vinculadas⁸², abrangeu os encargos da dívida de qualquer natureza, decorrente de contratos ou de distintas relações jurídicas.

Por fim, há a regra de subcapitalização tributária para fins de dedutibilidade, que não se confunde com a subcapitalização anteriormente exposta. A subcapitalização foi efetivamente incorporada ao ordenamento jurídico no ano de 2009, com a publicação da Medida Provisória nº 472/2009⁸³, convertida na Lei nº 12.249/2010, regulamentada pela

⁸⁰ Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada conforme este artigo acrescido de margem percentual a título de *spread*, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

⁸¹ PELÁ, Carlos. **Juros e Preços de Transferência. Nova Sistemática Introduzida pela Lei nº 12.766/2012**. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Tributos e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2002. Vol. 4. p. 8.

⁸² Para Roberto Vasconcelos “uma abordagem comparativa indica que, no âmbito subjetivo, a Lei nº 9.430/96 não se encontra perfeitamente alinhada à prática internacional ao adotar o conceito de ‘pessoa vinculada’ com sentido bem mais abrangente do que o de ‘empresas associadas’, consagrado internacionalmente e presente nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil.”. VASCONCELLOS, Roberto de França. **A evolução da legislação de preços de transferência aplicável às operações financeiras**. In prelo. p. 8.

⁸³ 29. O art. 24 visa evitar a erosão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL mediante o endividamento abusivo realizado da seguinte forma: a pessoa jurídica domiciliada no exterior, ao constituir subsidiária no País, efetua uma capitalização de valor irrisório, substituindo o capital social necessário à sua constituição e atuação por um empréstimo, que gera, artificialmente, juros que reduzem os resultados da subsidiária brasileira.

29.1. A dedução desses juros da base de cálculo do IRPJ (alíquota de 15% mais adicional de 10%) e da CSLL (alíquota de 9%) gera uma economia tributária de 34% do seu valor. Mesmo considerando que as remessas para pagamento de juros são tributadas pelo Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) à alíquota de 15%, resta uma economia tributária de 19%.

29.2. A medida torna os juros considerados excessivos indedutíveis, segundo critérios e parâmetros legais. O objetivo é controlar o endividamento abusivo junto a pessoa vinculada no exterior, efetuado exclusivamente para fins fiscais

30. O art. 25 segue o mesmo princípio do art. 24, entretanto, é aplicado na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil contrair empréstimos com pessoa jurídica domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou que goze de regime fiscal privilegiado. Da mesma forma, esses empréstimos geram juros que reduzem, artificialmente, o resultado tributável no Brasil e, ao mesmo tempo, geram lucros que não serão

Instrução Normativa RFB nº 1.154/2011. Nos termos dos artigos 24⁸⁴ e 25⁸⁵ da Lei nº 12.249/2010, os juros pagos ou creditados por fontes situadas no Brasil (i) à pessoa física ou

tributados de maneira representativa no exterior. A medida restringe a dedutibilidade das despesas de juros de pessoas jurídicas residentes no Brasil quando pagos a entidades *offshore*, independentemente de vínculo societário.

⁸⁴ Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 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 nº 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 nº 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 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 nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

§ 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 participação 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 nº 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.

⁸⁵ Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 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 nº 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 nº 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.

jurídica vinculada e residente ou domiciliada no exterior, bem como à (i) pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou constituída no exterior em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis se observados os limites e condições estipulados, sob pena de se considerar a despesa não necessária à atividade da empresa.

Conforme Roberto Vasconcelos⁸⁶

embora com objetivos e critérios distintos, não vemos conflito entre as regras gerais de dedutibilidade, as de preço de transferência e as de subcapitalização. Julgamos adequado, do ponto de vista prático, começar a apuração do limite de dedutibilidade dos juros pagos ou creditados a residente no exterior pela regra geral, ou seja, pelas condições gerais de dedutibilidade. Cumpridas estas exigências gerais, passariam a ser aplicadas as regras de preços de transferência e as de subcapitalização independentemente da ordem adotada.

Em síntese, atualmente há no Brasil três regras concomitantes para fins de dedutibilidade de despesas: (i) condições gerais de dedutibilidade; (ii) preço de transferência, e (iii) subcapitalização.

CAPÍTULO III – TRATAMENTO CONTÁBIL DISPENSADO AOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS

3.1 – IFRS – INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARDS

No Brasil, o financiamento das sociedades empresárias por meio de patrimônio ou dívida adquiriu relevância contábil com a introdução dos padrões internacionais

§ 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 nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

§ 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 nº 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.

⁸⁶ VASCONCELLOS, Roberto de França. **A evolução da legislação de preços de transferência aplicável às operações financeiras**. In prelo. p. 22.

de contabilidade (“IFRS”)⁸⁷ pela Lei nº 11.638/2007, que adicionalmente determinou a observância das práticas internacionais contábeis pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”).⁸⁸

Até o advento da lei nº 11.638/2007 a contabilidade brasileira não se submetia a padrões internacionais. Preponderava a formalidade, o apego as regras ou a forma jurídica como os negócios jurídicos se manifestavam, com relevante influência fiscal⁸⁹. Conforme Sergio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke:

A contabilidade sempre foi muito influenciada pelos limites e critérios fiscais, particularmente os da legislação do Imposto de Renda. Esse fato, ao mesmo tempo que trouxe à Contabilidade algumas contribuições importantes e de bons efeitos, limita a evolução dos Princípios Fundamentais de Contabilidade, ou, ao menos, dificulta a adoção prática de princípios contábeis adequados, já que a Contabilidade era feita pela maioria das empresas com base nos preceitos e formas da legislação fiscal, a qual nem sempre se baseava em critérios contábeis corretos.⁹⁰

De acordo com Elidie Palma Bifano⁹¹, a Lei nº 11.638/2007 põe fim a ideia de envolvimento entre normas contábeis, tributárias e societárias, pois segregam-se as contabilidades societárias e tributária e as demonstrações financeiras das sociedades passam a adotar padrões internacionais contábeis. E continua a autora:

As normas contábeis societárias destinam-se, exclusivamente, ao balanço utilizado para apuração do lucro líquido, base de cálculo da remuneração dos sócios, à comprovação da situação contábil da sociedade no caso de habilitação em falência ou recuperação judicial, prova de solvência, dissidência de sócios, incorporação e outros. As normas contábeis tributárias destinam-se, unicamente, ao balanço utilizado para apuração do IRPJ, prescrevendo procedimentos contábeis necessários à obtenção de um certo resultado tributário. O uso das normas contábeis tributárias, no balanço

⁸⁷ Os IFRS são emitidos pela *International Accounting Standards Board* (Iasb).

⁸⁸ O CPC foi instituído pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade 1.055/05 e, nos termos do artigo 3º, tem por objetivo o estudo, o preparo e a emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais.

São membros do CPC as seguintes Entidades: ABRASCA (Associação Brasileira das Companhias Abertas), APIMEC NACIONAL (Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais), BOVESPA (Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo), CFC (Conselho Federal de Contabilidade), FIECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras) e IBRACON (Instituto dos Auditores Independentes do Brasil)

⁸⁹ HENDRIKSEN, Eldon S.; VAN BREDA, Michael F. **Teoria e Contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 38.

⁹⁰ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**. 6ª ed. São Paulo: Atlas. p. 26.

⁹¹ BIFANO, Elidie Palma. **Aspectos Contábeis da Lei nº 11.638/07: Reflexos Legais**. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 53

societário, não é procedimento recomendado ou aceito pela ciência da Contabilidade que opera com seus princípios e normas próprios.⁹²

A fim de atender a demanda dos usuários, que não são as autoridades governamentais, fiscais ou regulatórias⁹³, o escopo das três fases do processo contábil⁹⁴, reconhecimento, mensuração e evidenciação da atividade econômica, passou a prezar pela utilidade e relevância da informação^{95 96}, com base na essência econômica das operações, e não com a mera aderência às regras pré-estabelecidas. Trata-se da sobreposição da essência econômica sobre a mera forma jurídica⁹⁷, característica de países que adotam o direito consuetudinário⁹⁸.

⁹² Ibidem.

⁹³ CPC – O objetivo das Demonstrações Contábeis

(...)

12. O objetivo das demonstrações contábeis é fornecer informações sobre a posição patrimonial e financeira, o desempenho e as mudanças na posição financeira da entidade, que sejam úteis a um grande número de usuários em suas avaliações e tomadas de decisão econômica.

⁹⁴ MARTINS, Eliseu; LOPES, Alexsandro Broedel. **Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem**. São Paulo, Atlas, 2005, p. 52.

⁹⁵ Para Eliseu Martins a relevância da informação contábil, do ponto de vista econômico e informacional, reside em sua capacidade de prever fluxos de caixa futuros. MARTINS, op. cit. p.65.

⁹⁶ Iasb – Framework for the Preparation of Financial Statements – The objective of financial statements. 12 “The objective of financial statements is to provide information about the financial position, performance and changes in financial position of an entity that is useful to a wide range of users in making economic decisions.”

⁹⁷ Nos termos do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, “a contabilidade possui um grande relacionamento com os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio, mas, não raro, a forma jurídica pode deixar de retratar a essência econômica. Nessas situações, deve a Contabilidade guiar-se pelos seus objetivos de bem informar, seguindo, se for necessário, para tanto, a essência ao invés da forma.” Os Autores complementam: “O ato de avaliar e mensurar é inerente à própria Contabilidade. É o Exercício da análise e do julgamento sobre qualquer situação que exija uma apreciação dos fatos, informações e uma tomada de decisão a fim de se atingir um objetivo. Esse objetivo, em Contabilidade, deve ser o de assegurar que as demonstrações contábeis sejam revestidas de características qualitativas que são os atributos que as tornem úteis para os usuários. Uma dessas características é a confiabilidade. A confiabilidade de uma mensuração é assegurada pela fidelidade ou precisão com que ela representa o que se propõe a representar, assegurando ao usuário a inexistência de erros ou vieses relevantes; portanto, para ser confiável, a informação tem que ter fidelidade representativa e ser verificável neutra. Nesse contexto, a administração sempre terá a prerrogativa de exercer seu julgamento a respeito de um tratamento contábil. No entanto, esse julgamento terá sempre limites, que serão maiores ou menores e, em alguns casos, praticamente inexistentes, em função do evento em exame.” IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 50.

⁹⁸ Iasb – Framework for the Preparation of Financial Statements – “Substance over form. If information is to represent faithfully the transactions and other events that it purports to represent, it is necessary that they are accounted for and presented in accordance with their substance and economic reality and not merely their legal form. The substance of transactions or other events is not always consistent with that which is apparent from their legal or contrived form. For example, an entity may dispose of an asset to another party in such a way a that the documentation purports to pass legal ownership to that party; nevertheless, agreements may exist that ensure that legal entity continues to enjoy the future economic benefits embodied in that asset. In such circumstances, the reporting of a sale would not represent faithfully the transaction entered into (if indeed there was a transaction).”

Nesse sentido, conforme Sergio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke:

Talvez a maior modificação seja mesmo a introdução, de maneira clara, da figura da 'Primazia da Essência sobre a Forma' como característica fundamental da informação contábil. Esse conceito estava inserido na Deliberação CVM nº 29, de 1986, mas de passagem, sem que houvesse sido dada a característica de um princípio propriamente dito. Agora, com o Pronunciamento novo do CPC, aprovado pela Deliberação CVM nº 539, de 2008, e pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 1.121, de 2008, a aplicação desse conceito deverá ser a inovação que mais exigirá do profissional da Contabilidade. Ou seja, de agora em diante, não pode mais o profissional da contabilidade, ou o gestor da empresa, ou o auditor independente, simplesmente 'seguir as regrinhas', 'seguir as letras do contrato', etc. Quando o documento formaliza uma situação que não representa a efetiva realidade econômica da operação, o contador e os administradores da empresa são responsáveis por efetuar a contabilização conforme a essência econômica da transação, e não sua mera forma, e o auditor só poderá aceitar sem ressalva a demonstração contábil se assim elaborada.⁹⁹

3.2 – INSTRUMENTOS HÍBRIDOS

Anteriormente à publicação da Lei nº 11.638/2007 e a emissão dos Pronunciamentos Técnicos CPCs 38 (atual 48) 39 e 40, período no qual predominava o formalismo jurídico¹⁰⁰, não raro as sociedades empresariais se socorriam dos instrumentos financeiros híbridos a fim de melhorar o nível de endividamento, a estrutura patrimonial e o desempenho econômico¹⁰¹.

A polêmica acerca dos elementos que distinguem instrumento de dívida e patrimônio é mundial. No ano de 2013 o IASB propôs a revisão de temas em seu Conceptual Framework, dentre eles a distinção entre passivo e patrimônio líquido. Nos termos do relatório,

⁹⁹ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

¹⁰⁰ LOPES, Tatiana. **Instrumentos financeiros híbridos, compostos e derivativos embutidos: impactos da não regulamentação do tema pela MP 627/2013**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 6. p. 396.

¹⁰¹ Conforme Nelson Carvalho, há, de pronto, dois grupos distintos de indicadores econômico-financeiros que merecem visitam e reflexão: os de estrutura patrimonial e os de desempenho. Os primeiros são primariamente dependentes do balanço patrimonial, e os segundo da demonstração de resultados, embora possam interagir uns com outros. Em suma, os indicadores resultantes dessa família de indicadores alimentam processos de tomada de decisões econômicas, tanto internas da empresa (rumo da gestão) quanto externas a ela (investir na empresa ou emprestar a ela). CARVALHO, Nelson. **Instrumentos financeiros híbridos**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. Vol. 2. p.206.

o tema foi analisado sob duas abordagens: (i) *Narrow Equity*, na qual haveria uma limitação maior para a classificação do instrumento no patrimônio líquido e (ii) *Strict Liability*, a qual restringiria a classificação do instrumento no passivo. No ano de 2015 o IASB reconheceu a complexidade do tema (“*Exposure Draft*”) e constituiu grupo de trabalho (*Financial Instruments with Characteristics of Equity* (FICE)) para lidar com a questão, até a presente data não concluído.

A distinção proposta pelo IASB é fundamental para a correta classificação contábil dos instrumentos financeiros híbridos. Tratam-se de negócios jurídicos que conjugam elementos de patrimônio (“*equity*”) com elementos de dívida (“*debt*”) ^{102 103 104}, formatados conforme a conveniência das partes, diante da autonomia privada e liberdade contratual.¹⁰⁵

Essa flexibilidade negocial permite que os instrumentos financeiros híbridos sejam formatados a fim de se alcançar propósitos distintos. Formata-se o instrumento financeiro híbrido, por exemplo, a fim de alterar a estrutura de capital da sociedade, com a redução de exposição à determinados índices financeiros, para a observância de *covenants*¹⁰⁶, para obtenção de vantagens tributária nacionais e transnacionais, posto o tratamento fiscal dispensado local ou em operações internacionais aos instrumentos de dívida e aos instrumentos de capital¹⁰⁷, para a criação de investimentos que vão ao encontro do interesse dos

¹⁰² BARSCH, Sven Eric. **Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context: issues and options form reform.** Heidelberg: Springer-Verlag, 2012. p.9-12.

¹⁰³ A contabilidade utiliza a expressão “instrumentos financeiros compostos” para designar os instrumentos financeiros com características típicas de capital próprio (investimento) e capital de terceiros (dívida). LOPES, Tatiana. **Instrumentos financeiros híbridos, compostos e derivativos embutidos: impactos da não regulamentação do tema pela MP 627/2013.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos).** São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 6. p. 394-395

¹⁰⁴ CARMAN, Paul; BENDER, Kelly. **Debt, Equity or Other: Applying a Binary Analysis in a Multidimensional World.** J. TAX’N, at 17, July 2007.

¹⁰⁵ BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda.** 2ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p.274.

¹⁰⁶ LOPES, op. cit. p. 396.

¹⁰⁷ MOSQUERA, Roberto Quiroga; PICONEZ, Matheus Bertholo. **Tratamento tributário dos instrumentos financeiros híbridos.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos).** São Paulo: Dialética, 2011. Vol. 2. p. 234-235.

investidores¹⁰⁸, bem como pela potencial redução do custo de captação para o financiamento da sociedade¹⁰⁹.

Nas operações de planejamento tributário internacional, sob a ótica fiscal, os objetivos, segundo Roy Rohatgi¹¹⁰ podem ser (i) a dupla dedução de juros em suas jurisdições, (ii) a dedução do pagamento como juro no Estado da Fonte e a concessão de isenção ao mesmo valor como dividendo no Estado da residência, (iii) o contorno da aplicação das regras domésticas antielisivas; (iv) mitigação ou redução da incidência do imposto de renda retido na fonte ou de imposto sobre a integralização de capital social (“*tax on capital contributions*”); (v) postergação do reconhecimento do rendimento ou antecipação do reconhecimento do custo ou despesa.

Diante da importância da distinção entre patrimônio e dívida, criaram-se testes para auxiliar o intérprete a distinguir ambos. O teste binário¹¹¹, por exemplo, apregoa que a caracterização da participação no capital exige a presença cumulativa de (i) direito de participação no capital da sociedade e (ii) direito de participar do patrimônio social e da partilha dos resultados em caso de liquidação da sociedade, em caráter subordinado aos demais credores.

Todavia, conforme Leonardo de Castro,

em virtude do amplo escopo de combinação das características dos instrumentos financeiros híbridos mais modernos – tais como conversão de direitos, pagamentos periódicos a taxas fixas, valores mínimos de remuneração, etc. – a eleição de tais critérios (teste binário) para a definição da natureza jurídica do investimento e, destarte, da remuneração dele decorrente, fica prejudicada sendo difícil de ser verificada individualmente em cada caso.¹¹²

¹⁰⁸ BIFANO, op. cit. p.275.

¹⁰⁹ CARVALHO, Nelson; FLORES, Eduardo. **Instrumentos financeiros híbridos: possível conflito entre essência x forma?** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5. p. 315.

¹¹⁰ ROHATGI, Roy. **Basic International Taxation**. 2ª ed. New Delhi: Taxmann, 2007. Vol. 2: Practice. p. 111.

¹¹¹ SANTOS. Ramon Tomazela. **Qualificação dos Rendimentos dos Instrumentos Híbridos nos Acordos de Bitributação**. 2015. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 74.

¹¹² CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. **Considerações sobre o Tratamento das Entidades Híbridas e dos Instrumentos Financeiros Híbridos na Convenção Modelo da OCDE**. Revista de Direito Tributário Internacional, nº 12. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 159.

Ademais, continua o autor, “(...) tais critérios (direito de participação nos lucros e no processo de liquidação da companhia) são apontados apenas pela doutrina, mas não estão presentes na redação do artigo 10 da CM OCDE.”

Dado o alcance limitado do teste binário, e diante da inexistência de cláusula convencional que distinga capital próprio do capital de terceiros¹¹³, o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que a distinção adequada pressupõe análise abrangente de elementos jurídicos e econômicos a fim de se aferir o risco suportado pelo investidor, para então se definir a natureza do investimento.¹¹⁴

A OCDE, por exemplo, sugere no parágrafo 25 dos Comentários da OCDE ao artigo 10 da Convenção Modelo, a necessidade de avaliação dos seguintes elementos¹¹⁵: (i) o investidor tem o direito de participar nos lucros auferidos pela sociedade; (ii) o direito à devolução do valor do capital investido é subordinado aos créditos dos credores da companhia ou o pagamento dos dividendos; (iii) o valor do retorno do capital investido depende dos resultados obtidos pela sociedade, apresentando caráter incerto ou variável; (iv) as condições pactuadas entre o investidor e a sociedade não preveem data de vencimento específica para devolução do principal investido¹¹⁶.

O relatório geral da International Fiscal Association (“IFA”)¹¹⁷ discrimina algumas características que poderão qualificar o instrumento como dívida ou patrimônio. São elas, em relação aos instrumentos de dívida: (i) conversibilidade da dívida em ações; (ii) participação nos lucros; (iii) prazo de pagamento; (iv) subordinação; (v) prazo longo ou indefinido; (vi) liquidação em ações, e, com relação aos instrumentos patrimoniais: (i) retorno não atrelado a existência de lucros; (ii) prazo de resgate; (iii) qualificação do crédito.

¹¹³ Internal Revenue Service Notice – 94-47, 1994-1. Cumulative Bulletin 357 – discrimina fatores que distinguem a dívida do patrimônio, mas o Congresso reconheceu a impossibilidade de edição de norma tributária para a distinção da dívida de patrimônio (House of Representatives REP. NO. 102-1018 (1992).

¹¹⁴ SANTOS. Ramon Tomazela. **Qualificação dos Rendimentos dos Instrumentos Híbridos nos Acordos de Bitributação**. 2015. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p 78.

¹¹⁵ BARSCH, Sven-Eric. **Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-Border Context**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, p. 100-102.

¹¹⁶ Parágrafo 25 dos Comentários ao artigo 10 da Convenção Modelo (OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version.) Paris: OECD, 2010, p. 191.

¹¹⁷ BARSCH, op. cit.

A despeito da unanimidade acerca de que o investimento patrimonial apresenta potencial ilimitado de retorno, pois atrelado ao desempenho da sociedade, e que instrumento de dívida possui potencial limitado com prazo determinado, pois remunerado em face do valor disponibilizado, James A. Duncan reconhece que

a dificuldade de interpretar tais aplicações nasce no intervalo entre as ações e as obrigações por dívidas, quando a natureza do instrumento fica mais difícil de ser definida. Para solver esse problema, os vários sistemas dão importância primordial ora à forma jurídica, ora ao tratamento contábil e financeiro, e, por fim, há também os que enfatizam as características econômicas, para efeitos de classificação fiscal.¹¹⁸

3.3 – INSTRUMENTOS HÍBRIDOS NO BRASIL

Não obstante a impossibilidade de definição exaustiva dos instrumentos financeiros híbridos, no Brasil os instrumentos mais comuns estão previstos na Lei nº 6.404/1976, tais como debêntures participativas, debêntures obrigatoriamente conversíveis em ações, notas perpétuas, ações resgatáveis, ações preferenciais com previsão de pagamentos de dividendos fixos e cumulativos. Os juros sobre capital próprio, JCP, possui regramento próprio.¹¹⁹

Conforme será demonstrado, a Lei nº 12.973/2014 estabeleceu que nas operações com instrumentos financeiros de capital, tais como ações ordinárias, preferenciais ou de fruição, o tratamento tributário dos pagamentos está vinculado à sua natureza ou causa jurídica, independente da sua classificação contábil. Nos pagamentos dos instrumentos de dívida, a legislação faculta à sociedade emitente a atribuição de tratamento tributário conforme a natureza jurídica ou essência econômica.

No que tange ao JCP, nos termos do item 10 da Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda nº 325/1995, que acompanhou o Projeto de Lei nº 126/1995,

¹¹⁸ DUNCAN, J. **General Report. Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross Border Transactions.** Cahiers de Droit Fiscal International. The Hague: IFA, 2000. Vol. 85a. p. 21-34.

¹¹⁹ Lei nº 9.249/1995

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

posteriormente convertido na Lei nº 9.249/1995¹²⁰, o principal escopo seria a equiparação do tratamento fiscal atribuído ao capital próprio ao capital de terceiros e o incentivo à capitalização das pessoas jurídicas, reduzindo a necessidade de endividamento perante terceiros. Não obstante a controvérsia, sustenta-se que a atenuação dos efeitos da extinção da correção monetária das demonstrações financeiras também fazia parte do escopo inicial do legislador.

121

De acordo com a Lei 9.249/1995¹²², a pessoa jurídica poderá deduzir do lucro líquido, para fins de determinação do IRPJ e da CSLL, os valores pagos aos acionistas a título de JCP, que será calculo mediante a aplicação da TJLP *pro rata die* exclusivamente sobre as seguintes contas do patrimônio líquido: (i) capital social (incluindo todas as espécies de ações, ainda que classificadas na conta do passivo na escrituração comercial); (ii) reservas de capital; (iii) reservas de lucros; (iv) ações em tesouraria; e (v) prejuízos acumulados.

Adicionalmente, a dedutibilidade dos valores está condicionada à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou

¹²⁰ “Com vistas a equiparar a tributação dos diversos tipos de rendimentos do capital, o Projeto introduz a possibilidade de remuneração do capital próprio investido na atividade produtiva, permitindo a dedução dos juros pagos ao acionista, até o limite da variação da Taxa de Juros de Longo Prazo – “TJLP”

¹²¹ 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. São Paulo: Dialética, 2009. Nº 169. pág. 73.

Segundo Heleno Torres, não obstante a constatação prática da atenuação dos efeitos da extinção da correção monetária do balanço, essa não era a finalidade do instituto. TORRES, Heleno Taveira. **Juros sobre o capital próprio: autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. Direito Tributário Internacional aplicado.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. Vol. IV. p.63.

¹²² 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 título 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.

(...)

§ 8º Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, serão consideradas exclusivamente as seguintes contas do patrimônio líquido:

- I - capital social;
- II - reservas de capital;
- III - reservas de lucros;
- IV - ações em tesouraria; e
- V - prejuízos acumulados.

creditados¹²³. Ou seja, a dedutibilidade do JCP é limitada a 50% do lucro líquido do exercício, antes da dedução do JCP, ou limitada a 50% dos lucros acumulados e das reservas de lucros.¹²⁴

Ocorre que não obstante o tratamento fiscal atribuído ao JCP, equivalente a capital de terceiros, mediante autorização legal para a sua dedutibilidade, desde que observados os requisitos atinentes, parte da doutrina entende que esse instituto possui característica de remuneração de sócios, pois o seu pagamento aos sócios ou acionistas pressupõe aprovação em assembleia geral ou reunião de quotistas, e o valor dispendido pode ser imputado aos dividendos obrigatórios, conforme § 7º do artigo 9º, da Lei nº 9.249/1995¹²⁵, e artigo 202 da Lei nº 6.404/1976¹²⁶.

Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), que, por meio da Deliberação nº 207/1996¹²⁷, estabelece que os pagamentos realizados a título de JCP devem ser registrados como dividendos, devendo as sociedades procederem a reversão acaso tenham contabilizados esses valores a título de receita/despesa financeira¹²⁸. Esse entendimento é corroborado pelo Banco Central do Brasil (“Bacen”), ao vedar a remessa ao exterior desse rendimento quando a Sociedade registra prejuízos acumulados.¹²⁹

¹²³ § 1º O efetivo pagamento ou crédito dos juros fica condicionado à existência de lucros, computados antes da dedução dos juros, ou de lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

¹²⁴ A discussão atinente aos limites somente para fins tributários não é objeto da dissertação. Vide Circular do Banco do Brasil nº 2.722/1996.

¹²⁵ § 7º O valor dos juros pagos ou creditados pela pessoa jurídica, a título de remuneração do capital próprio, poderá ser imputado ao valor dos dividendos de que trata o art. 202 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sem prejuízo do disposto no § 2º.

¹²⁶ Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:

¹²⁷ 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.

¹²⁸ VIII - Caso a companhia opte, para fins de atendimento às disposições tributárias, por contabilizar os juros sobre o capital próprio pagos/creditados ou recebidos/auferidos como despesa ou receita financeira, deverá proceder à reversão desses valores, nos registros mercantis, de forma a que o lucro líquido ou o prejuízo do exercício seja apurado nos termos desta Deliberação.

IX - A reversão, de que trata o item anterior, poderá ser evidenciada na última linha da demonstração do resultado antes do saldo da conta do lucro líquido ou prejuízo do exercício.

¹²⁹ “O próprio Governo Brasileiro não é coerente quanto a natureza dos juros sobre o capital próprio. Enquanto a RFB afirma que são juros propriamente ditos, o Bacen dispensa tratamento de dividendos, uma vez que não permite a remessa ao exterior desse tipo de rendimento nas hipóteses em que a empresa possui prejuízos acumulados registrados em livros contábeis”. LIMA, Mariana Miranda. **A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar a dupla tributação**. 2009. Tese (Mestrado em Direito Financeiro e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p 13.

Conforme Alberto Xavier¹³⁰

O “juro sobre o capital próprio” outra coisa não é que um resultado distribuível da companhia sujeito a regime fiscal especial, resultado este suscetível de duas destinações alternativas de distribuição efetiva aos sócios ou capitalização: i) imediata, por via de aumento de capital, ou; (ii) futura, por via de manutenção de reserva destinada a futuro aumento de capital.

No primeiro caso, ocorre a figura do dividendo, regulada nos artigos 201 e seguintes da lei das S.A.; no segundo, ocorre a figura do aumento de capital por capitalização de lucros ou reservas previstas no art. 169 da mesma Lei. Para Heleno Torres Taveira, “juros sobre o Capital Próprio, não é mais do que uma modalidade de distribuição de resultados, com natureza atípica de dividendos”.¹³¹

Segundo Luís Eduardo Schoueri¹³², o JCP não são juros ou dividendos, posto a ausência de necessidade de se ancorar em conceitos pré-existentes para se definir a natureza do instituto. “Desta forma, afastando-se de qualquer aproximação com categorias do Direito Privado, há que se reconhecer que, na perspectiva do Direito Tributário, corresponde a figura do artigo 9º da Lei nº 9.249/95 a uma remuneração do capital”.

Em sentido contrário, com o qual nos filiamos, há autores que sustentam que o JCP são despesas financeiras, posto a sua natureza jurídica estabelecida por Lei, e não a sua essência econômica. Nesse sentido Elidie Palma Bifano¹³³ e Ricardo Mariz de Oliveira¹³⁴. Ademais, em estudo sobre o tema, Edmar Oliveira Andrade Filho conclui que a natureza do JCP é de juros remuneratórios a fim de remunerar o sócio ou acionista pela utilização do capital pela sociedade.¹³⁵

¹³⁰ XAVIER, Alberto. **Natureza Jurídico-Tributária dos “juros sobre o capital próprio” face à lei interna e aos tratados internacionais**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, jun. 1997. Nº 21. p.8.

¹³¹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p 377.

¹³² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Juros sobre Capital Próprio: Natureza jurídica e forma de apuração diante da ‘nova contabilidade’**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.) **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. Vol. 3. p. 179.

¹³³ BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.292-293.

¹³⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **Juros remuneratórios do capital próprio**. In: COSTA, Alcides Jorge (coord.) **Direito tributário atual**. São Paulo: Dialética, IBDT, 1998. Vol.15. p.14.

¹³⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Perfil Jurídico do juro sobre o capital próprio: IRPJ, CSLL, PIS e COFINS – aspectos societários**. São Paulo: MP Ed., 2006. p. 9.

3.4 – RECLASSIFICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS PELA CVM

Conforme exposto, a formatação dos instrumentos financeiros híbridos pelas partes poderá alterar os indicadores financeiros das companhias, “ainda que esta última finalidade seja menos nobre”.¹³⁶ Estudo empírico conduzido nos Estados Unidos por Patrick E. Hopkins¹³⁷, a fim de analisar se a classificação dos instrumentos híbridos no ativo ou no passivo da companhia afetava o julgamento dos analistas *buy side*¹³⁸, constatou que o preço alvo da ação, em média, era maior quando o instrumento híbrido era classificado no patrimônio líquido da companhia, ao invés do passivo.

Não por outro motivo o ofício circular CVM/snp/sep nº 01/2013¹³⁹ é incisivo ao afirmar que “as áreas técnicas da CVM têm se posicionado contrariamente ao tratamento

¹³⁶ CARVALHO, Nelson; FLORES, Eduardo. **Instrumentos financeiros híbridos: possível conflito entre essência x forma?** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5. p. 315.

¹³⁷ HOPKINS, Patrick E. **The Effect of Financial Statement Classification of Hybrid Financial Instruments on Financial Analysts’ Stock Price Judgments**. Journal of Accounting Research. Chicago: Wiley-Blackwell, 1996. Vol. 34. p. 33-50.

¹³⁸ Analistas *buy side* atuam para gestoras, fundos de pensão e fundos mútuos recomendando a aquisição de ações e outros títulos mobiliários.

¹³⁹ O que se pôde perceber de características comuns observadas em algumas dessas operações envolvendo instrumentos híbridos/compostos com companhias abertas no Brasil é que via de regra (1) tratam-se de colocações privadas, no estilo “*tailor made*”, para satisfazer necessidades específicas das companhias emissoras; (2) a contraparte é uma instituição financeira, contratada pela companhia para tal fim, ou um investidor qualificado; (3) as companhias emissoras apresentam uma situação de endividamento crítica, no limite de “*covenants*” contratuais, previamente estabelecidos por seus credores; (4) o custo da captação é na maioria dos casos composto pela taxa de juros livre de risco mais um “*spread*” pelo risco de crédito do emissor, sendo pago periodicamente ou tendo o seu pagamento diferido; (5) há salvaguardas estabelecidas contratualmente para mitigar o risco de o emissor não honrar seus compromissos em termos de fluxo de caixa (situações de “*default*”, que requerem o vencimento antecipado do instrumento); (6) agências de “*rating*” são contratadas para atribuir notas pelo risco de crédito para fins de precificação da emissão; (7) as companhias emissoras, em alguns casos com a anuência de seus auditores independentes, classificam ditos instrumentos em rubrica de patrimônio líquido.

As áreas técnicas da CVM têm se posicionado contrariamente ao tratamento contábil dispensado a esses instrumentos híbridos/compostos pelas companhias abertas, por entenderem serem os mesmos instrumentos de dívida em sua quase totalidade. Há características presentes muito peculiares de instrumentos de dívida. Por exemplo, a obrigação contratual da entidade de efetuar pagamentos futuros permanece pendente até que seja extinta por intermédio de conversão, vencimento do instrumento ou qualquer outra operação (PT CPC 39, item 30). Ou ainda, a obrigação de fazer pagamentos de juros e principal é uma obrigação que existe enquanto o instrumento híbrido não é convertido (PT CPC 39, AG 31, alínea “a”). Para as áreas técnicas da CVM, só há uma situação em que não resta dúvida quanto à natureza patrimonial de um título: ações ordinárias. Fóruns técnicos que a CVM tem participado ativamente, têm se dedicado a pautar e discutir o tema Instrumentos Híbridos/Compostos. Uma das preocupações das áreas técnicas da CVM reside no efeito potencial que ditos instrumentos pode provocar em estruturas de capital/nível de endividamento. A esse respeito, efeito provocado em estruturas de capital/nível de endividamento, uma preocupação das áreas técnicas é com o potencial “gerenciamento de estrutura”. Companhias angariando recursos de terceiros onerosos, na sua essência títulos de

contábil dispensado a esses instrumentos híbridos/compostos pelas companhias abertas, por entenderem serem os mesmos instrumentos de dívida em sua quase totalidade”. Uma das preocupações das áreas técnicas da CVM reside no efeito potencial que ditos instrumentos pode provocar em estruturas de capital/nível de endividamento. A esse respeito, efeito provocado em estruturas de capital/nível de endividamento, uma preocupação das áreas técnicas é com o potencial “gerenciamento de estrutura”. Companhias angariando recursos de terceiros onerosos, na sua essência títulos de dívida, tratando-os como instrumentos patrimoniais classificados em rubrica de patrimônio líquido.

Até a presente data a CVM determinou que 5 (cinco) sociedades refizessem e republicassem as demonstrações financeiras:

Ano	Sociedade	Motivo
2011	Energisa S.A. ¹⁴⁰	Notas Perpétuas. Segundo a CVM: (i) a remuneração dos credores não poderia ser evitada; (ii) a remuneração dos credores não estava condicionada a apuração de lucros pela Energisa; (iii) havia cláusulas de garantias a fim de proteger os credores; (iv) os credores tinham preferência em relação aos acionistas na hipótese de liquidação da sociedade; (v) a remuneração dos credores seria majorada na hipótese de alteração do controle acionário.
2012	Marfrig Alimentos S.A. ¹⁴¹	Debêntures mandatoriamente conversíveis em ações ordinárias. Segundo a CVM: (i) as cláusulas de conversão indicavam variabilidade no número de ações em que seriam convertidas; e (ii) A escritura de emissão indicava a presença de componentes de patrimônio, que deveriam ser bifurcados.

dívida, tratando-os como instrumentos patrimoniais classificados em rubrica de patrimônio líquido. É imperativo salientar que esse risco de “*misleading*” (levar a erro os usuários da informação contábil) não pode de modo algum existir, sob pena de se comprometer a credibilidade de nosso mercado de valores mobiliários. Nesse particular, deve ser realçada a responsabilidade de Auditores Independentes, que exercem papel significativo para a garantia da qualidade das informações disseminadas pelas companhias abertas.

¹⁴⁰ OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-5/Nº 247/2011.

¹⁴¹ OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-5/no 329/2012.

2012	Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás ¹⁴²	Classificação de Recursos para Aumento de Capital como patrimônio líquido quando deveria ser passivo financeiro, devido ao não atendimento do requisito da definição de um número fixo de ações para conversão (CPC 39, parágrafo 11).
2013	DTCOM - Direct to Company S.A. ¹⁴³	Classificação de Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital (AFAC) como patrimônio líquido quando deveria ser passivo financeiro. Foi entendido que o AFAC não atendia o requisito de conversão por um número fixo de ações (CPC 39, parágrafo 11).
2013	Minerva S/A ¹⁴⁴	Apresentação de debêntures mandatoriamente conversíveis como instrumento de patrimônio, desconsiderando que as cláusulas de conversão indicavam variabilidade no número de ações em que seriam convertidas e, por isso, deveriam ser classificadas como passivo financeiro. Ao mesmo tempo, algumas características da escritura de emissão indicavam a presença de componentes de patrimônio, que deveriam ser bifurcados e classificados no patrimônio líquido.

No ano de 2004 a Tec Toy S.A. consultou formalmente a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”)¹⁴⁵ a fim de validar o entendimento de que as debentures perpétuas emitidas deveriam ser contabilizadas como instrumento patrimonial, e não como passivo financeiro. Inicialmente o posicionamento da CVM foi no sentido de classificação como passivo financeiro, todavia, no ano de 2010, já sob a égide da Lei nº 11.638/2007, o posicionamento foi revisto e os títulos reclassificados como instrumento patrimonial.¹⁴⁶

Nelson Carvalho, em comentários acerca do posicionamento da CVM nos casos Tec Toy S.A. e Energisa S.A. afirmou que

tais resoluções emanadas pela CVM devem ser avaliadas de maneira amplamente positiva, pois denotam que a respectiva Comissão não apenas

¹⁴² Proc. RJ2011/7085.

¹⁴³ OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-5/n o 083/2013.

¹⁴⁴ OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-5/Nº 058/2013.

¹⁴⁵ Processo Administrativo CVM RJ 2005/4105.

¹⁴⁶ Processo Administrativo RJ 2010-1058.

compreendeu efetivamente o conceito de primazia da essência econômica sobre a forma jurídica como demonstra diligência no cumprimento do seu papel fiscalizador, respeitando não apenas a letra mas a intenção da norma contábil que referida Comissão endossou, promovendo desfechos antagônicos a situações incomparáveis entre si.¹⁴⁷

Denota-se, portanto, que para fins contábeis os instrumentos financeiros híbridos serão classificados conforme a sua essência econômica. O posicionamento da CVM vai ao encontro dos princípios introduzidos pelo IFRS, especificamente a essência econômica sobre a forma jurídica, objeto dos Pronunciamentos Técnicos CPC 38 (atual 48) 39¹⁴⁸ e 40. Conforme Ricardo Mariz de Oliveira¹⁴⁹, o que interessa para a contabilidade é o sentido ou efeito econômico derivado de um ato e não o tratamento jurídico conferido pela lei. A essência configura-se, portanto, como um valor econômico subjacente ao negócio enquanto que a forma é a estrutura jurídica do negócio.

CAPÍTULO IV – IFRS E NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA

4.1 – NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA – LEI 12.973/2014

Diante do fato de que no Brasil o lucro da contabilidade societária¹⁵⁰ é o ponto de partida para a apuração dos tributos, as alterações introduzidas pela Lei nº 11.638/2007 afetaram as informações utilizadas para o cálculo dos tributos. Face a ausência de normatização dos efeitos fiscais das regras contábeis, a Medida Provisória nº 449/2008 instituiu o RTT a fim

¹⁴⁷ CARVALHO, Nelson; FLORES, Eduardo. **Instrumentos financeiros híbridos: possível conflito entre essência x forma?** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico- contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5. p.324.

¹⁴⁸ Dispõe o item 18 do CPC 39 (correspondente ao IAS nº 32): A essência de um instrumento financeiro, em vez de sua forma jurídica, rege sua classificação no balanço patrimonial da entidade. Essência e forma legal são comumente consistentes, mas nem sempre. Alguns instrumentos financeiros assumem a forma legal de patrimônio líquido, mas são passivos em sua essência e outros podem combinar características associadas a instrumentos patrimoniais e características associadas a passivos financeiros.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. **A tributação da renda e sua relação com os princípios contábeis geralmente aceitos**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. p.401.

¹⁵⁰ Decreto Lei 1598/1977

Art 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

de neutralizar os efeitos dos novos métodos contábeis na apuração de cálculo dos tributos¹⁵¹, obrigando, na prática, a segregação da contabilidade fiscal da contabilidade societária.

O RTT vigeu de 2007 a 2013¹⁵². Nesse período, ainda que sob a vigência do RTT, diversos questionamentos surgiram acerca dos possíveis efeitos na esfera tributária dos novos conceitos e modificações contábeis.¹⁵³¹⁵⁴ No ano de 2013, com a publicação da Medida Provisória nº 627/2013¹⁵⁵, posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014, os princípios contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638/2007 foram adaptados para fins tributários. Conforme exposição de motivos “EM nº 00187/2013 MF”, se reconheceu que a definição, pelo RTT, de

¹⁵¹ Item 8 da Exposição de Motivos da MP nº 449/2008:

8. A Lei nº 11.638, de 2007, foi publicada no Diário Oficial da União de 28 de dezembro de 2007, e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2008, sem a adequação concomitante da legislação tributária. Essa breve *vacatio legis* e a alta complexidade dos novos métodos e critérios contábeis instituídos pelo referido diploma legal - muitos deles ainda não regulamentados - têm causado insegurança jurídica aos contribuintes. Assim, faz-se mister a adoção do RTT, conforme definido nos arts. 15 a 22 desta Medida Provisória, para neutralizar os efeitos tributários e remover a insegurança jurídica.

¹⁵² A extinção obrigatória do RTT ocorreu em 2015, não obstante a possibilidade de utilização irretroatável dos novos critérios de apuração a partir de janeiro de 2014.

¹⁵³ Segundo Schoueri, “a edição da Lei nº 11.638/07 representou uma mudança de direção da legislação societária, que passou a contemplar uma visão econômica da evolução patrimonial da sociedade empresarial, filiando-se aos padrões internacionais de contabilidade. A contabilidade societária, desta forma, abandonou a posição anteriormente ocupada na avaliação civil do fenômeno empresarial, na qual a legislação tributária se baseara, trazendo assim dúvidas sobre em que medida as modificações contábeis afetariam a tributação. SCHOUERI, Luis Eduardo. **O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 1. p. 255

¹⁵⁴ Conforme Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes, “essa neutralidade, no entanto, não significa que a legislação tributária e as autoridades fiscais não podem se valer de conceitos trazidos pela contabilidade internacional. Isso, no entanto, deve ser feito de forma explícita pelos meios legais competentes respeitando o princípio da legalidade e da tipicidade – tão importantes na seara tributária. Não está no escopo deste artigo, mas é uma discussão importante, saber se a legislação tributária deveria ou não se valer dos conceitos da nova contabilidade. Esse é, com certeza, um tema para futuras incursões” LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. **O Direito Contábil – Fundamentos Conceituais, Aspectos da Experiência Brasileira e Implicações**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 1. p. 80.

¹⁵⁵ Exposição de motivos da MP nº 627/2013:

1. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada.

2. Essa situação tem provocado inúmeros questionamentos, gerando insegurança jurídica e complexidade na administração dos tributos. Além disso, traz dificuldades para futuras alterações pontuais na base de cálculo dos tributos, pois a tributação tem como base uma legislação já revogada, o que motiva litígios administrativos e judiciais.

3. A presente Medida Provisória tem como objetivo a adequação da legislação tributária à legislação societária e às normas contábeis e, assim, extinguir o RTT e estabelecer uma nova forma de apuração do IRPJ e da CSLL, a partir de ajustes que devem ser efetuados em livro fiscal. Além disso, traz as convergências necessárias para a apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.

uma legislação já revogada como base legal da incidência tributária provocou inúmeros questionamentos de contribuintes e gerou insegurança jurídica, complexidade na administração dos tributos e, ainda, dificuldades para futuras alterações na base de cálculo dos tributos.

2. O RTT tem como objetivo a neutralidade tributária das alterações trazidas pela Lei nº 11.638, de 2007. O RTT define como base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/PASEP, e da COFINS os critérios contábeis estabelecidos na Lei nº 6.404, de 1976, com vigência em dezembro de 2007. Ou seja, a apuração desses tributos tem como base legal uma legislação societária já revogada. 3. Essa situação tem provocado inúmeros questionamentos, gerando insegurança jurídica e complexidade na administração dos tributos. Além disso, traz dificuldades para futuras alterações pontuais na base de cálculo dos tributos, pois a tributação tem como base uma legislação já revogada, o que motiva litígios administrativos e judiciais. 4. A presente Medida Provisória tem como objetivo a adequação da legislação tributária à legislação societária e às normas contábeis e, assim, extinguir o RTT e estabelecer uma nova forma de apuração do IRPJ e da CSLL, a partir de ajustes que devem ser efetuados em livro fiscal. Além disso, traz as convergências necessárias para a apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS.¹⁵⁶

Calcada, em tese, na neutralidade tributária, a Lei nº 12.973/2014, no que se refere aos instrumentos financeiros híbridos, procurou neutralizar os efeitos tributários decorrentes da classificação contábil mediante previsão de ajustes fiscais específicos¹⁵⁷. Adicionalmente, a Lei também trouxe regra geral, que impõe a neutralidade tributária até que lei posterior regule a matéria.

O parágrafo 2º do artigo 10 da Lei nº 9.249/1995, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014, estabelece que a isenção dos dividendos distribuídos com base nos resultados apurados a partir de janeiro de 1996 será aplicado mesmo que a ação seja classificada em conta de passivo ou que a remuneração seja classificada como despesa financeira na escrituração comercial:

¹⁵⁶ Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 627/13.

¹⁵⁷ Em outras palavras, no processo de elaboração da MP 627/2013, bem como de sua conversão na Lei 12.973/14, o legislador tributário teria primeiramente analisado os principais efeitos resultantes da aplicação da “nova Contabilidade”, “elegido” as situações que, a seu ver, poderiam sofrer eventuais impactos fiscais adversos caso não fossem efetuados ajustes específicos para garantir a neutralidade tributária – por exemplo, os casos de AVP, AVJ, Arrendamento Mercantil, Imobilizado, Investimento em Controladas e Coligadas e Combinação de Negócios – e instituído um regime fiscal específico sempre primando pela neutralidade.

LOPES, Jorge Ney de Figueirêdo Júnior; ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. A adoção do IFRS no Direito Brasileiro e os Limites da Conciliação do Contábil com o Legal Tributário. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). Controvérsias JurídicoContábeis (Aproximações e Distanciamentos) 6º Volume. São Paulo: Dialética, 2015. p. 292.

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

(...)

§ 2º A não incidência prevista no **caput** inclui os lucros ou dividendos pagos ou creditados a beneficiários de todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que a ação seja classificada em conta de passivo ou que a remuneração seja classificada como despesa financeira na escrituração comercial.

§ 3º Não são dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL os lucros ou dividendos pagos ou creditados a beneficiários de qualquer espécie de ação prevista no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que classificados como despesa financeira na escrituração comercial.

Nesse sentido, ainda que a remuneração da ação seja contabilizada como despesa financeira, tais como as ações preferenciais com previsão de pagamentos de dividendos fixos e cumulativos, os lucros ou dividendos não serão dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), e não estarão sujeitos à tributação na fonte ou no beneficiário. Deste modo, o legislador evidenciou de forma objetiva que a tributação desses instrumentos permanecerá vinculada à sua essência jurídica.

Em relação aos demais instrumentos financeiros híbridos, a remuneração e os custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, poderão ser excluídos, na determinação do lucro real, quando incorridos, conforme artigos 38-A e 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977, introduzidos pela Lei nº 12.973/2014.

Art. 38-A. Os custos associados às transações destinadas à obtenção de recursos próprios, mediante a distribuição primária de ações ou bônus de subscrição contabilizados no patrimônio líquido, poderão ser excluídos, na determinação do lucro real, quando incorridos.

38-B. A remuneração, os encargos, as despesas e demais custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações, poderão ser excluídos na determinação do lucro real e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido quando incorridos.

Constata-se que na hipótese de instrumentos financeiros híbridos contabilizados no patrimônio líquido, o legislador se afastou da neutralidade absoluta e não se

fixou exclusivamente à natureza jurídica do instrumento, autorizando o contribuinte a optar pela natureza jurídica ou pela essência econômica do instrumento, ao afirmar que a remuneração, os encargos e as demais despesas, para fins de tributação, poderão ser excluídas na determinação do lucro real e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido quando incorridos.

Esse entendimento é corroborado pelo § 3º do artigo 38-B do Decreto Lei 1.598/1977¹⁵⁸, ao estabelecer que na hipótese de estorno, por qualquer razão, do valor contabilizado em contrapartida ao patrimônio líquido, os valores já deduzidos deverão ser adicionados às respectivas bases de cálculo dos tributos sobre a renda.

Acerca do JCP, o parágrafo 12 do artigo 9 da Lei nº 9.249/1995, inserido pela Lei 12.973/2014, prevê que para fins de cálculo do JCP, a conta social incluirá todas as espécies de ações, ainda que classificadas na conta do passivo na escrituração comercial.¹⁵⁹

No que tange as demais hipóteses, a Lei estabeleceu regra geral de neutralidade acerca das futuras modificações dos padrões contábeis, efetuadas por meio de atos administrativos emitidos em competência atribuída em lei comercial:

Art. 58. A modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.
Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas atribuições, identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração dos tributos federais.

Portanto, a Lei 12.973/2014 estabeleceu uma neutralidade geral, prevista no artigo 58, e uma neutralidade específica para instrumentos híbridos, previstas nos § parágrafos

¹⁵⁸ § 3º Na hipótese de estorno por qualquer razão, em contrapartida de conta de patrimônio líquido, os valores mencionados no **caput** e anteriormente deduzidos deverão ser adicionados nas respectivas bases de cálculo.

¹⁵⁹ 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 título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, *pro rata* dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

(...)

§ 12. Para fins de cálculo da remuneração prevista neste artigo, a conta capital social, prevista no inciso I do § 8º deste artigo, inclui todas as espécies de ações previstas no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ainda que classificadas em contas de passivo na escrituração comercial.

2º e 3º do artigo 10 da Lei nº 9.249/1995, e artigos 38-A e 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977, introduzidos pela Lei nº 12.973/2014, parágrafo 12 do artigo 9 da Lei nº 9.249/1995. Esse entendimento é corroborado pela exposição de motivos da Consulta Pública RFB nº 07/2017, que trata do CPC nº 47, ao dispor que

no processo de adoção das normas internacionais de contabilidade (*International Financial Reporting Standards*), efetivado por meio da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, a garantia da neutralidade tributária para os novos métodos e critérios contábeis introduzidos por tais normas representou uma diretriz fundamental para a sua consolidação.

4.2 – NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E A REPUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS

Diante do disposto no artigo 10-A da Lei nº 6.385/1976¹⁶⁰ e do artigo § 3º do artigo 177 da LSA¹⁶¹, que permitiu aos reguladores, tal como a CVM, firmar convênio com entidade especializada na emissão de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, para adotar, no todo ou em parte, seus pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas, mister analisar os possíveis efeitos tributários decorrentes da republicação das demonstrações financeiras, conforme exposto no item 3.4.

A atribuição de competência à CVM para a normatização de assuntos contábeis, conforme lei 6.404/1976, impõe as sociedades empresariais o dever de observância dos pronunciamentos expedidos pelo CPC e formalmente adotados pela CVM por meio de suas Deliberações.

Isso posto, e, considerando a determinação de republicação das demonstrações financeiras, sob a alegação de que os instrumentos financeiros classificados no patrimônio líquido não observaram as regras contábeis, ou, ainda que observadas, não foram

¹⁶⁰ Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas.

¹⁶¹ § 3º As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados.

adequadamente interpretadas, pode-se afirmar que os efeitos da republicação não se restringem a esfera societária e regulatória.

Ao determinar que as sociedades Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás e DTCOM - Direct to Company S.A. reclassificassem para o passivo financeiro os valores classificados no patrimônio líquido a título de “Recursos para aumento de Capital”, o posicionamento da CVM possui, no mínimo, quatro implicações fiscais (i) alteração do lucro líquido (conceito contábil); (ii) alterações dos limites de subcapitalização (conceito contábil); (iii) alteração da base de cálculo do JCP (conceito contábil) e (iv) alteração do percentual de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial (conceito contábil). O mesmo raciocínio se aplica às republicações efetuadas pelas sociedades Energisa S.A., Marfrig Alimentos S.A. e Minerva S.A.

O direito tributário, conforme exposto, faz remissão expressa a conceitos contábeis, cuja composição é afetada por determinação de reclassificação da publicação pela CVM.

A permissão legal de inclusão de todas as espécies de ações previstas no artigo 15 da Lei nº 6.404/1976, para fins de cálculo do JCP, ainda que classificadas em contas de passivo na escrituração comercial, não altera o fato de que a base de cálculo do JCP permanece sendo conceito contábil (contas do patrimônio líquido), afetado na hipótese de reclassificação contábil determinada pela CVM. O contribuinte deverá recalcular o JCP.

Ao estabelecer que a isenção de imposto de renda prevista no artigo 10 da Lei nº 9.249/1995 se estende à ação classificada em conta de passivo, ou que a remuneração seja classificada como despesa financeira na escrituração comercial, remanesce a dúvida na hipótese contrária: o pagamento anterior de dividendos, reclassificado contabilmente como juros, será objeto de dedução como despesa operacional na sociedade emissora? Em princípio, sim.

A legislação não prevê se a remuneração do instrumento de passivo contabilizado no patrimônio líquido da sociedade, por exemplo, tal como as debêntures

participativas¹⁶², é isenta do imposto de renda, na hipótese em que contabilmente classificada sob a rubrica de dividendos. Pode-se afirmar, nessa hipótese, que a republicação das demonstrações não impactaria a natureza jurídica das operações. Isso porque o parágrafo terceiro do artigo 10 da Lei nº 9.249/1995, veda, por exemplo, a dedutibilidade do lucro real e da base de cálculo da CSLL dos lucros ou dividendos pagos ou creditados a beneficiários de qualquer espécie de ação, ainda que classificados como despesa financeira na escrituração comercial. Trata-se, todavia, de interpretação sistemática e coerente da legislação, posto a isenção atribuída aos dividendos no parágrafo segundo da lei.

No que tange ao passivo, o artigo 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977, inserido pela Lei nº 12.973/2014, estabelece que

A remuneração, os encargos, as despesas e demais custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações, poderão ser excluídos na determinação do lucro real e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido quando incorridos.

O escopo da norma em comento é neutralizar a remuneração e os demais custos atinentes do instrumento financeiro, ainda que contabilizados pela sociedade mediante dedução do patrimônio líquido, nos termos do item 29 do Pronunciamento Técnico CPC nº 39.

Ao facultar ao contribuinte excluir do lucro real e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando incorridos, a remuneração, os encargos, as despesas e demais custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, exceto na forma de ações, a norma neutralizou somente os efeitos dos (i) instrumentos de dívida subordinada; e (ii) classificados no passivo ou no patrimônio líquido (ainda que classificados...). Ao concluir que a cláusula de subordinação é residual, determinando a reclassificação para o passivo, a CVM, ainda que sob viés econômico, adentra a natureza jurídica do instrumento, afastando o contribuinte, por conseguinte, da faculdade prevista no artigo 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977. Nessa hipótese, a neutralização perquirida pelo legislador é mitigada por Órgão regulador.

¹⁶² Art. 56. A debênture poderá assegurar ao seu titular juros, fixos ou variáveis, participação no lucro da companhia e prêmio de reembolso.

Conclui-se, portanto, que as regras específicas de neutralidade tributária para os instrumentos híbridos não açambarcaram as hipóteses de republicação das demonstrações financeiras determinadas pelo Órgão regulador. A regra é insuficiente.

No que tange a regra geral de neutralidade prevista no artigo 58 da Lei nº 12.973/2014, também não se mostra apta a solucionar essas questões. O caput estabelece uma suposta neutralidade absoluta, ao afirmar que

a modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.

O parágrafo único, por seu turno, outorgou à Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas atribuições, à identificação dos atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração dos tributos federais.

Nos termos do artigo 11, III, “c”, da LC nº 95/1998, o parágrafo não anula ou condiciona a disposição do caput, mas expressa aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida¹⁶³. Parece nos, portanto, o legislador instituiu neutralidade absoluta acerca dos efeitos tributários oriundos da adoção ou modificação de métodos contábeis. A neutralidade absoluta apregoada é, todavia, restritiva.

Isso porque o artigo 58 da Lei nº 12.973/2014 estabelece que a modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis não terá implicação na **apuração** dos tributos federais, e que compete à RFB identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a **apuração** dos tributos federais. Trata-se de expressão nova, não utilizada sob a égide do RTT. A nossa ver, a neutralização na **apuração** dos tributos federais não altera o conceito de lucro líquido (conceito contábil), dos limites de subcapitalização (conceito contábil), da base de cálculo do JCP (conceito contábil) e

¹⁶³ Lei Complementar nº 95/1998:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

(...)

III - para a obtenção de ordem lógica:

(...)

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

do percentual de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial (conceito contábil).

Não há, na legislação, autorização para a criação de lucro fiscal e JCP fiscal, por exemplo, situações cogitadas sob a égide do RTT e normatizadas pelos artigos 72, 73 e 74 da Lei nº 12.973/2014.

Adicionalmente, em relação ao parágrafo único do artigo 58, entre a modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis e a sua identificação no âmbito da RFB, o contribuinte deverá observar o Pronunciamento CPC ou aguardar a publicação da Instrução Normativa? Não obstante o posicionamento de que o caput do artigo 58 não depende de regulamentação, a recente Instrução Normativa nº 1.753/2017, que faz alusão ao CPC 09, publicado no ano de 2016, foi publicada somente no dia 31.10.2017, aproximadamente um ano depois, e com alteração do conceito contábil de lucro de exploração. Poderia o contribuinte se valer dessa alteração sem o ato da RFB? Entendemos que não há autorização legal, conforme estabelecido pelo artigo 6º do Decreto Lei 1598/1977.

Ainda acerca da IN 1.753, que não regulamenta questões atinentes a instrumento financeiro híbrido, o inciso II do item 1 estabelece que

no cálculo do lucro da exploração de que trata o art. 19 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, desconsiderar as variações cambiais ativas e passivas reconhecidas com base em taxa de câmbio diferente da divulgada pelo BCB, substituindo-as pelas variações cambiais ativas e passivas que teriam sido reconhecidas com base na taxa de câmbio divulgada pelo BCB na apuração do lucro líquido do período base a que se refere o caput do artigo mencionado e no cálculo da parte das receitas financeiras que exceder as despesas financeiras a que se refere o inciso I do mesmo artigo.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Item 1 da Revisão de Pronunciamentos Técnicos nº 09, divulgado em 22 de dezembro de 2016 pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC)

1. A pessoa jurídica que utilizar taxa de câmbio diferente da divulgada pelo Banco Central do Brasil (BCB) na elaboração de suas demonstrações financeiras e optar por considerar as variações cambiais dos direitos de crédito e das obrigações nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) pelo regime de competência deverá:

(...)

II - no cálculo do lucro da exploração de que trata o art. 19 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, desconsiderar as variações cambiais ativas e passivas reconhecidas com base em taxa de câmbio diferente da divulgada pelo BCB, substituindo-as pelas variações cambiais ativas e passivas que teriam sido reconhecidas com base na taxa de câmbio divulgada pelo BCB na apuração do lucro líquido do período base a que se refere o caput

Aludida IN, publicada no contexto do disposto no artigo 58 da Lei 12.973/2014, possui natureza constitutiva ou declaratória? Isso porque ao autorizar o contribuinte a desconsiderar as variações cambiais ativas e passivas reconhecidas com base em taxa de câmbio diferente da divulgada pelo BCB, a regulamentação altera o conceito contábil do lucro de exploração, já pacificado no âmbito administrativo pelo CARF¹⁶⁵ ¹⁶⁶. Constatase, portanto, que a IN procedeu a alteração de conceito contábil para alcançar neutralidade tributária, prática vedada por lei.

do artigo mencionado e no cálculo da parte das receitas financeiras que exceder as despesas financeiras a que se refere o inciso I do mesmo artigo;

III - na apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro presumido ou lucro arbitrado, acrescer às bases de cálculo as receitas financeiras relativas às variações cambiais ativas que teriam sido reconhecidas no período de apuração caso tivesse sido utilizada a taxa de câmbio divulgada pelo BCB; e

IV - na apuração das bases de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins pelo regime não-cumulativo, acrescer as receitas financeiras relativas às variações cambiais ativas que teriam sido reconhecidas no período de apuração caso tivesse sido utilizada a taxa de câmbio divulgada pelo BCB.

¹⁶⁵ Acórdão nº1402-002.605

Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2010

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. SUDENE. SUBVENÇÃO DE INVESTIMENTO.

O instituto do Lucro da Exploração contém método de cálculo destinado ao isolamento e à extração do resultado de uma determinada atividade do contribuinte, expressa e especificamente sujeita a um benefício fiscal objetivo, não alcançando todas as receitas e despesas da pessoa jurídica.

Mesmo dentro do cenário contábil inaugurado pela Lei nº 11.638/2007 e dos ajustes promovidos pela Lei nº 11.941/2009, os valores percebidos a título de subvenção de investimento não devem compor o cálculo do Lucro da Exploração que trata o art. 19 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Ainda que seja dada pela empresa destinação diversa aos valores percebidos por subvenção de investimento, a determinação legal de sua adição na apuração do lucro real não é capaz de alterar sua natureza jurídica, transmutando-se para subvenção de custeio ou outro componente da receita operacional.

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. SUDENE. VENDA DE SUCATA.

Se o benefício objetivo redutor do IRPJ e Adicionais não Restituíveis abarca a fabricação de determinado material ou composto, a sucata feita dessa substância está igualmente abrangida na benesse, devendo a receita percebida pela sua venda compor o Lucro da Exploração.

LUCRO DA EXPLORAÇÃO. SUDENE. RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

Não havendo no lançamento de ofício a investigação ou o aprofundamento sobre a origem do tributo efetivamente recuperado pelo contribuinte, compondo a acusação fiscal apenas a discordância sobre a classificação contábil de tal evento, não pode ser, ao longo do processo administrativo, questionado tal fato desconsiderado pela Fiscalização.

O ICMS é tributo que típica e notoriamente onera as operações mercantis das empresas, concorrendo diretamente para o cálculo do lucro operacional. A recuperação de tributos pagos e de despesas deduzidas visa à recomposição do efetivo resultado percebido, em face da redução anteriormente promovida.

O valor da recuperação do ICMS incidente sobre as operações objeto de benefício fiscal redutor do IRPJ e Adicionais não Restituíveis deve compor o Lucro da Operação.

¹⁶⁶ No mesmo sentido do julgado acima: Acórdãos nºs 1401-002.028 ; 1402-002.605; 9101-002.364; 1302-001.875

Salvo situações excepcionais¹⁶⁷, a atribuição da RFB descrita no parágrafo 2º¹⁶⁸ não contempla a alteração de conceitos privados. No Brasil, à lei é atribuída a função normativa inaugural, enquanto aos regulamentos se confere a sua fiel execução.¹⁶⁹ O posicionamento majoritário da doutrina é no sentido de que o exercício do poder regulamentar não poderá implicar em restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, ou na criação, modificação, ou extinção de direitos e obrigações, senão nos termos da lei.^{170 171 172}

Sob esse prisma, o poder normativo regulamentar decorre da sua observância a lei, da subsunção do seu conteúdo ao preceito normativo superior, remanescendo a função não de inovar ou criar o direito, mas somente de “estabelecer as

¹⁶⁷ Vide Instrução Normativa nº 1037/2010, que relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.

¹⁶⁸ Lei nº 11.457/2007

Art. 1º A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União.

¹⁶⁹ Constituição do Império de 1824 – “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principais atribuições: (...) XII. Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados à boa execução das Leis”; Constituição de 1891 – “Art 48. Compete privativamente ao Presidente da República: 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”; Constituição de 1934 – “Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: § 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”; Constituição de 1937 – “Art 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução”; Constituição de 1946 – “Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: I - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”; Constituição de 1967 – “Art 83 - Compete privativamente ao Presidente: (...) II - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”.

¹⁷⁰ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 139.

¹⁷¹ “As atribuições [regulamentares] são dadas segundo uma fórmula genérica: “[...] para a fiel execução da lei”. (...) que se vem tornando tradicional em todos os sistemas, sem traduzir na realidade o que de fato ocorre. Exprimem, tão-somente, um princípio comum encontrável nos textos constitucionais, a que a teoria, a jurisprudência e a história constitucional se encarregam de atribuir limites bem diversos daqueles que uma interpretação gramatical lhes poderia dar”. GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 35.

¹⁷² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. Vol. 1. p. 319.

condições em que a lei deve ser executada e prover a melhor maneira de tornar efetivas as suas determinações”.^{173 174 175}

Nesse sentido, sob o aspecto material, o princípio da preferência da lei traduz-se na exigência de observância e vedação de contrariedade a normal legal¹⁷⁶. Adicionalmente, na prática tributária, frente ao disposto no artigo 99 do Código Tributário Nacional¹⁷⁷ e artigo 10 do Decreto Federal nº 2.954/1999, o campo de atuação dos regulamentos é limitado, em razão da previsão expressa, na Constituição e no Código Tributário Nacional, da reserva absoluta da lei¹⁷⁸.

Portanto, a expressão e a metodologia utilizada pelo legislador para fins de neutralidade tributária nos parecem insuficientes na hipótese de republicação das demonstrações financeiras determinadas pelo Órgão Regulador, remanescendo ao contribuinte o questionamento acerca da compatibilidade dos efeitos fiscais apontados com o conceito de renda delineado pela Constituição Federal.¹⁷⁹

¹⁷³ “Ao exercer a função regulamentar, não deve, pois, o Executivo criar direitos e obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes de lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei”. RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Vol. 1. p. 273.

¹⁷⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. **O regulamento no direito tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 16 e 67.

¹⁷⁵ MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 54- 8.

¹⁷⁶ QUERALT, Juan Martin; SERRANO, Camelo Lozano; BLANCO, Francisco Poveda. **Derecho Tributario**. Madrid: Aranzadi, 1999. p. 70, 84, 325 e 669.

¹⁷⁷ Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei.

¹⁷⁸ XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17- 18.

¹⁷⁹ Conforme Roberto Quiroga, a Constituição Federal ao eleger as bases de cálculo dos tributos descreveu critérios e padrões de aferição que oneram o conjunto de direitos patrimoniais. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza incide sobre o elemento patrimonial que se constitui numa majoração de patrimônio, isto é, incide sobre a riqueza nova, renda e proventos de qualquer natureza são elementos patrimoniais que não existiam antes no conjunto de direitos pré-existentes das pessoas e que não representam uma mera reposição de elementos patrimoniais ou permuta. Acréscimo, incremento ou majoração de elementos patrimoniais (riqueza nova) não se confunde com ingresso, entrada ou reposição de direitos patrimoniais (riqueza velha). MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996. p.118.

4.3 – SUBJETIVIDADE DO IFRS E OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DOS INSTITUTOS E CONCEITOS DO DIREITO PRIVADO

Conforme exposto, se até a publicação da Lei nº 11.638/07 os conflitos entre a ciência contábil e a ciência jurídica ocorriam de forma esparsa, a partir da introdução do IFRS no Brasil as divergências se tornaram exponenciais, pois enquanto a primeira prioriza a essência econômica¹⁸⁰ da operação, a segunda pauta-se pela natureza jurídica. Conforme Elidie Bifano, “o mais extraordinário dessa mudança é que a regra jurídica perdeu toda e qualquer importância, não mais se prestando a suportar a escrituração contábil.”¹⁸¹

Nos termos da deliberação CVM 675/2011¹⁸², que aprovou Pronunciamento Conceitual Básico emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, a elaboração das demonstrações contábeis deve observância a alguns atributos, tais como: (i) regime de competência; (ii) princípio da continuidade; (iii) a compreensibilidade; (iv) a relevância; (v) a materialidade; (vi) a primazia da essência sobre a forma, dentre outros.

Ademais, a deliberação estabelece que

as demonstrações contábeis são elaboradas e apresentadas para usuários externos em geral, tendo em vista suas finalidades distintas e necessidades diversas. Governos, órgãos reguladores ou autoridades tributárias, por exemplo, podem determinar especificamente exigências para atender a seus próprios interesses. Essas exigências, no entanto, não devem afetar as

¹⁸⁰ Deliberação CVM 675/2011.

4.6 - Ao avaliar se um item se enquadra na definição de ativo, passivo ou patrimônio líquido, deve-se atentar para a sua essência subjacente e realidade econômica e não apenas para sua forma legal. Assim, por exemplo, no caso do arrendamento mercantil financeiro, a essência subjacente e a realidade econômica são a de que o arrendatário adquire os benefícios econômicos do uso do ativo arrendado pela maior parte da sua vida útil, em contraprestação de aceitar a obrigação de pagar por esse direito valor próximo do valor justo do ativo e o respectivo encargo financeiro. Dessa forma, o arrendamento mercantil financeiro dá origem a itens que satisfazem à definição de ativo e de passivo e, portanto, devem ser reconhecidos como tais no balanço patrimonial do arrendatário.

¹⁸¹ BIFANO, Elidie Palma. **Contabilidade e direito: a nova relação**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. p.130.

¹⁸² A PRESIDENTE DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM torna público que o Colegiado, em reunião realizada nesta data, com fundamento nos §§ 3º e 5º do art. 177 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, combinados com os incisos II e IV do § 1º do art. 22 da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, DELIBEROU:

I – aprovar e tornar obrigatório, para as companhias abertas, o Pronunciamento Conceitual Básico anexo à presente Deliberação, que dispõe sobre a Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro, emitido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC;

II – revogar a Deliberação CVM nº 539, de 14 de março de 2008; e

III - que esta Deliberação entra em vigor na data da sua publicação no Diário Oficial da União, aplicando-se aos exercícios iniciados a partir de 1º de janeiro de 2011.

demonstrações contábeis elaboradas segundo esta Estrutura Conceitual. Demonstrações contábeis elaboradas dentro do que prescreve esta Estrutura Conceitual objetivam fornecer informações que sejam úteis na tomada de decisões econômicas e avaliações por parte dos usuários em geral, não tendo o propósito de atender finalidade ou necessidade específica de determinados grupos de usuários.¹⁸³

Nesse sentido, posto os distintos usuários aos quais as demonstrações contábeis se destinam, e o objetivo das demonstrações contábeis, entende-se que a “primazia da essência sobre a forma” deveria se restringir ao escopo das demonstrações contábeis, e não se tornar oráculo que demonstraria a verdadeira intenção das partes, supostamente camuflada por artifícios jurídicos¹⁸⁴.

Conforme Gustavo Brigagão e Carlos Cornet Scharfstein, é fato notório que quanto maior for o grau de subjetivismo das normas jurídicas, maiores são as possibilidades de haver conflito e insegurança; este risco se torna ainda mais presente quando se trata de normas restritiva de direitos, como é o caso das normas tributárias. Assim, promover alterações que aumentem os conflitos entre fisco e contribuintes, gerando elevado grau de insegurança para todos, não é algo que se apresente como desejável para qualquer uma das partes¹⁸⁵.

No mesmo sentido Doniak Junior afirma

como visto, o cenário geral vigente até o final do ano de 2007 era o de que a incompatibilidade entre as apurações de resultados contábil/societário, de um lado, e fiscal, de outro, não era total, mas apenas relativa, a ponto de possibilitar a adoção parcial da apuração contábil/societária como ponto de partida para a apuração fiscal. Parece inegável que a incompatibilidade entre as apurações de resultados contábil/societário e fiscal aprofundou-se. Ela não passou a ser total. Entretanto, a nosso ver, alterações tão radicais (cujas consequências são ainda desconhecidas) afetam a sistemática até agora vigente, de simplesmente partir-se do lucro contábil/societário para apurar o lucro real. Podem ser apontados como incompatíveis com a sistemática de apuração do IRPJ e da CSLL: (i) o subjetivismo e a volatilidade na apuração (...).¹⁸⁶

¹⁸³ Deliberação CVM 675/2011.

¹⁸⁴ Conforme Ricardo Mariz de Oliveira, a causa do negócio jurídico corresponde à sua natureza jurídica, sendo necessária total adequação entre a forma e a substância jurídica do negócio. É a substância jurídica do negócio que permite diferenciar se ele é verdadeiro ou simulado.

¹⁸⁵ BRIGAGÃO, Gustavo; Scharfstein, Carlos Cornet. **Discussão sobre a Aplicabilidade para Fins Tributários, da Primazia da Essência**. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma das Leis das S/A – Desafios da Neutralidade Tributária e do Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Vol. 3. p. 273 e 279-283.

¹⁸⁶ DONIAK JUNIOR, Jimir. **Considerações sobre alguns possíveis reflexos fiscais advindos da Lei nº 11.638/2007**. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Inovações da Lei nº 11.638/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 197-198.

A sobreposição, sem critérios, da suposta essência econômica à natureza jurídica, implicará, no mínimo, na atribuição indireta de competência à Órgãos Reguladores¹⁸⁷ para a alteração de base de cálculo de tributo, de forma a incidir imposto de renda, por exemplo, sobre lançamentos contábeis, e não sobre acréscimo patrimonial, em clara violação aos princípios da legalidade e tipicidade da tributação^{188 189}.

Conforme Alberto Xavier,

o Fisco poderia dizer que mútuo, em sentido econômico, é toda e qualquer operação de crédito e que, por envolverem um fenômeno creditício, as vendas mercantis a prestações estariam igualmente sujeitas à incidência do IOF. Onde estaria, se tal fosse possível, a garantia dos princípios da legalidade e da tipicidade da tributação?¹⁹⁰

Ainda que os conceitos inseridos pela contabilidade internacional interessem às autoridades fiscais, a sua utilização está condicionada a alteração dos meios legais pelas autoridades competentes, para fins de exigência de tributo¹⁹¹. Adicionalmente, destaca Elidie Bifano¹⁹², “no direito brasileiro a essência do negócio ou sua substância é a sua causa jurídica, devendo o negócio ser enquadrado em um dos diversos institutos previstos em Lei.

¹⁸⁷ Lei nº 6.385/1976

Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas.

¹⁸⁸ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

¹⁸⁹ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

III - renda e proventos de qualquer natureza;

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

¹⁹⁰ XAVIER, Alberto. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001. p.40.

¹⁹¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 1. p.80.

¹⁹² BIFANO, Elidie Palma. **Influência do tratamento contábil nas novas regras de tributação**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5. p.82-85.

Diferentemente é a contabilidade, vinculada à busca pela natureza econômica, independentemente da forma.”

Ademais, uma das principais características do IFRS é a subjetividade. Isso porque as rígidas normas anteriormente aplicadas deram espaço ao julgamento de profissionais com base na essência econômica da operação.

Ocorre que a despeito do exposto, a utilização dos instrumentos híbridos, posto, a usual dedutibilidade das despesas para fins de apuração de tributos, poderá inserir o contribuinte em campo de insegurança jurídica, diante da atual postura do Fisco brasileiro na desconsideração dos negócios jurídicos, ora sob a alegação de fraude a lei, abuso de direito, abuso de forma, ausência de propósito negocial, dentre outros.

A celeuma acerca das balizas atinentes a economia legítima de tributos parece longe do fim.¹⁹³ Se inicialmente Antonio Roberto Sampaio Doria¹⁹⁴ distinguiu economia legítima (elisão) da ilegítima (evasão), mediante a introdução de critérios cronológicos (antes ou de depois do fato gerador) e a análise da conduta do contribuinte (lícita ou ilícita), a prática de atos lícitos sob a ótica formal, mas desprovidos de causa, com fraude a lei ou simulação, criou uma categoria intermediária denominada elusão fiscal¹⁹⁵, culminando com a publicação da Lei Complementar nº 104/2001¹⁹⁶, que introduziu o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional¹⁹⁷, até a presente data não regulamentado.

¹⁹³ Entendemos que a economia fiscal obtida mediante sonegação, fraude ao fisco, dolo, simulação está fora do contexto planejamento tributário.

¹⁹⁴ DORIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 32.

¹⁹⁵ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-190.

¹⁹⁶ “A inclusão do parágrafo único ao art. 116 faz-se necessária para estabelecer, no âmbito da legislação brasileira, norma que permita à autoridade tributária desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com finalidade de elisão, constituindo - se e, dessa forma, em instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.” Exposição de motivos do projeto de lei nº 77/99 subscrita pelo então Ministro da Fazenda Pedro Malan.

¹⁹⁷ Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...)

Parágrafo único. 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.

Sob esse novo contexto, parte da doutrina defende a interpretação rígida do princípio da legalidade, assegurando a autonomia privada e a liberdade negocial outorgadas ao contribuinte pelo ordenamento jurídico.^{198 199} Por seu turno, a doutrina capitaneada por Marco Aurélio Greco defende a primazia do princípio da capacidade contributiva a fim de se garantir a igualdade, solidariedade e justiça fiscal.²⁰⁰

Em síntese, conforme Paulo Ayres Barreto,

é possível, ainda, notar a abissal distância entre as principais correntes que se digladiam sobre o tema. Tal fato decorre, em grande parte, dos diferentes pontos de partida das correntes apresentadas. Há, também, distintas visões sobre os efeitos das normas de direito privado sobre o Direito Tributário. Verifica-se, sobretudo, um importante descompasso no sopesamento de valores constitucionalmente diversos e que são considerados, com maior ou menor ênfase, por uma ou outra corrente, produzem propostas interpretativas radicalmente díspares.²⁰¹

Retornando aos instrumentos financeiros híbridos, na hipótese dos instrumentos objeto de Lei, há arcabouço disciplinar que facilita a interpretação do negócio para fins tributários. São típicos os contratos cujo modelo foi integralmente ou minimamente estipulado em seus elementos pelo legislador. É o tipo legal, descrito na norma e cujos efeitos são, também eles típicos e igualmente descritos.^{202 203}

A complexidade e insegurança jurídica predominam na hipótese de utilização de instrumentos híbridos atípicos, que são novos tipos contratuais, não contemplados legalmente, mas de fato reconhecidos, podendo se formar de elementos originais resultantes da fusão de elementos próprios de outros contratos.²⁰⁴ Nessa hipótese, caberá ao intérprete

¹⁹⁸ MARTINS, Ives Gandra. **Norma Antielisão Tributária e o Princípio da Legalidade, à Luz da Segurança Jurídica**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2005. Nº 119. p. 128.

¹⁹⁹ XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31.

²⁰⁰ GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 328.

²⁰¹ BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Perspectivas Jurisprudenciais**. In ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 15. p. 301.

²⁰² SZTAJN, Rachel. **O contrato e inovação financeira. Ensaio sobre contratos futuros e swaps**. 1996. Tese (Título de Professor Titular do Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996. p. 46.

²⁰³ Conforme Elidie Palma Bifano, “...não é possível afirmar-se que hoje, no Brasil, os instrumentos híbridos mais utilizados possam ser considerados como contratos atípicos, na forma definida pelo art. 425 do CC, pois que, uma vez regulados por lei, tornam-se institutos típicos. BIFANO, Elidie Palma. **Influência do tratamento contábil nas novas regras de tributação**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5. p. 277.

²⁰⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense. 1973. p. 114.

conciliar o disposto nos artigos 112²⁰⁵, 113²⁰⁶, 421²⁰⁷, 422²⁰⁸ do Código Civil, com o princípio da segurança jurídica^{209 210}, combinando conceitos societários e princípios contábeis emanados pelos Órgãos Reguladores, que, conforme anteriormente exposto, também são objeto de interpretação.

Todavia, como interpretar a remissão feita pelo Direito Tributário a institutos e conceitos do Direito Privado? No ano de 1955 Amilcar de Araújo Falcão²¹¹ já havia constatado esse problema, indicando duas possíveis correntes: (i) tradicional, que indicava que o intérprete deve entender e considerar e se ater ao conceito de direito privado de acordo com a disciplina a ele atribuída pelos demais ramos do direito; (ii) e a segunda corrente que advogava a possibilidade de o direito tributário alterar institutos e conceitos de direito privado, levando-se em conta a consistência econômica do fato gerador.

Ao estabelecer que “os princípios gerais de direito privado se utilizam para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”²¹², conclui-se que (i) o Direito Tributário é autônomo e pode adicionar, em instituto de direito privado, efeitos que não se encontram neste? (ii) tratam-se de efeitos atinentes à instituição do tributo, tais como sujeito passivo, local de pagamento, domicílio? (iii) ou o Direito Tributário poderá criar os seus próprios institutos, sem se submeter ao Direito Privado?²¹³

²⁰⁵ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

²⁰⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁰⁷ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁰⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁰⁹ Para Paulo Ayres Barreto, o sistema jurídico tributário prestigia, sobremaneira, valores como a segurança jurídica, a certeza no direito e a estrita legalidade, de forma a permitir que o administrado possa antecipar os efeitos das suas ações, assim como evitar, por meio da positivação de comandos normativos mais precisos, arbitrariedade das autoridades administrativas, que agem aplicando regras. BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Perspectivas Jurisprudenciais**. In ROCHA, Valdir de Oliveira. (org.) **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 15. p. 313.

²¹⁰ Para Humberto Ávila, a espinha dorsal da segurança jurídica é formada pelos ideais da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.

²¹¹ FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Interpretação e integração das leis tributárias**. Revista de Direito Administrativo, 40:24-37, 1955. p. 30.

²¹² Artigo 109 do Código Tributário Nacional

²¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 717.

Adicionalmente quando saber se o Constituinte empregou um instituto, conceito ou forma de Direito Privado²¹⁴ para fins de interpretação do artigo 110 do CTN que dispõe: “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Não obstante o entendimento de Luis Eduardo Schoueri,

com efeito, hoje é consenso na doutrina que o Direito Tributário e o Direito Civil são partes de uma única ordem jurídica, o que implica que os princípios fundamentais do Direito Civil sejam respeitados pelo Direito Tributário, ao mesmo tempo em que não se admite que o primeiro se sobreponha aos princípios fundamentais do último²¹⁵

Constata-se, atualmente, a ausência de segurança jurídica para a consecução das operações com instrumentos híbridos não regulamentados. A existência de estudos e testes calcados na essência econômica da operação para distinguir capital de dívida, que não se coaduna com a tradição civilista do direito brasileiro, não é o instrumento mais adequado ao direcionamento do contribuinte.

4.4 - INSTITUIÇÃO DA *TIE-BREAKER RULES*

A tradição civilista do direito brasileiro, conjugada aos rígidos princípios que permeiam o sistema tributário nacional, impedem a importação aleatória de procedimentos adotados por países estrangeiros para distinguir instrumento de dívida de instrumento de capital, tais como teste binário ou teste amplo, anteriormente expostos. Ademais, conforme leciona Anthony P. Polito, a instituição de testes que analisam os elementos dos instrumentos financeiros híbridos, mas não atribuem preponderância a nenhum deles não solucionará o problema, na medida em que os atores envolvidos poderão chegar a resultados distintos na análise do mesmo instrumento, posto a possibilidade de atribuição de maior peso a determinadas características, conforme o seu interesse.²¹⁶

²¹⁴ SCHOUERI, op. cit. p. 720.

²¹⁵ SCHOUERI, op. cit. p. 717.

²¹⁶ POLITO. Anthony P. **Useful Fictions: Debt and Equity Classification in Corporate Tax Law**. Arizona State Law Journal. Tempe: Sandra Day O'Connor College of Law, 1998. Vol. 30. p. 779.

Diante da insegurança jurídica²¹⁷ e do oscilante posicionamento da jurisprudência administrativa^{218 219}, realçada pela possibilidade de reclassificação contábil determinada pela CVM, afetando, por conseguinte, o mercado de capitais brasileiro, mister que o legislador brasileiro adapte a atual legislação a essa nova realidade.

Essa questão poderia ser equacionada, por exemplo, com a introdução de regras de desempate (“*tie-breaker rules*”) na legislação tributária, que poderiam estabelecer critérios objetivos a serem aplicados conforme as características do instrumento financeiro híbrido.²²⁰ A forma de remuneração do instrumento (se certo ou incerto), o direito à devolução do capital (se certo ou incerto) e o prazo para pagamento da remuneração ou devolução do capital (se certo ou incerto) são elementos a serem considerados pelo legislador. Constada a

²¹⁷ Conforme Paulo Ayres Barreto, o sistema jurídico tributário prestigia, sobremaneira, valores como a segurança jurídica, a certeza no direito e a estrita legalidade, de forma a permitir que o administrado possa antecipar os efeitos de suas ações, assim como evitar, por meio da positivação de comandos normativos mais precisos, arbitrariedades das autoridades administrativas, que agem aplicando regras. BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Perspectivas Jurisprudenciais**. In ROCHA, Valdir de Oliveira. (org.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 15. p. 313.

²¹⁸ Acórdãos nº 1402-002.325

Ementa(s)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

OPERAÇÕES COM DEBÊNTURES. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. ABUSO DE DIREITO. INDEDUTIBILIDADE.

O fato de os atos ou negócios jurídicos virem a ser executados de acordo com as formalidades previstas na legislação societária e comercial, não garante por si só, a dedutibilidade prevista na legislação tributária.

Empréstimos entre coligadas e emissão de debêntures, com utilização de empresa veículo, quando o negócio substancialmente realizado teria sido o de subscrição e integralização de capital, visando a redução da carga tributária, condutas articuladas antes mesmo da ocorrência do fato gerador, implica em planejamento tributário abusivo, mais especificamente, elisão abusiva.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA DE PREJUÍZO FISCAL E BASE NEGATIVA DE CSLL.

Mantida a glosa das despesas de participação de debêntures, procedem também as exigências referentes à compensação indevida de prejuízo fiscal e base negativa de CSLL, conseqüentes da glosa das despesas de participação de debêntures, tendo em vista que foi a dedução dessas despesas que gerou os referidos prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL.

CONFRONTO ENTRE VALORES ESCRITURADOS COM OS DECLARADOS. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. IRPJ E CSLL.

Quando comprovado que, apesar de o contribuinte não ter declarado certos débitos em DCTF, extinguiu parte desses débitos mediante compensação, o lançamento de ofício se revela descabido nessa parte, tendo em vista que a declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência de débito indevidamente compensado.

²¹⁹ No mesmo sentido vide os seguintes acórdãos: 1201-001.871; 1302-002.096; 1302-002.097; 3402-004.374; 1201-001.470

²²⁰ GALHARDO, Luciana Rosanova; JUNIOR, Jorge Ney de Figueiredo Lopes; ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. **Instrumentos financeiros híbridos e o processo de convergência contábil brasileiro**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5. p.197.

preponderância de elementos de capital, o instrumento financeiro e a respectiva remuneração receberiam a classificação contábil e fiscal de patrimônio, sem direito a dedutibilidade das remunerações.

Em sentido contrário, constatada a preponderância de elementos de passivo, o instrumento financeiro e a respectiva remuneração receberiam a classificação contábil e fiscal de dívida, fazendo jus a dedutibilidade das remunerações.

Trata-se de solução já adotada nos Estados Unidos, que permite, por exemplo, o desmembramento da remuneração dos instrumentos financeiros híbridos a fim de que parte seja classificada como juros e parte como dividendos ou integralmente como juros ou dividendos.²²¹ A Alemanha optou pela introdução de regras de controle do nível de endividamento a partir da sua proporção com o EBITDA²²². A legislação americana vai ao encontro das disposições do IFRS incorporadas no item 29 do Pronunciamento Técnico CPC nº 39 que prevê a segregação dos elementos de passivo e de patrimônio líquido nas demonstrações financeiras: “Assim, em todos os casos, a entidade deve apresentar o passivo e os componentes do patrimônio líquido separadamente nas suas demonstrações contábeis de encerramento do período ou do exercício”.

O desmembramento entre passivo e patrimônio líquido foi um dos argumentos utilizados pela CVM quando da determinação da republicação financeira da sociedade Marfrig S.A.,

²²¹ Internal Revenue Code – Section 385

(a) Authority to prescribe regulations

The Secretary is authorized to prescribe such regulations as may be necessary or appropriate to determine whether an interest in a corporation is to be treated for purposes of this title as stock or indebtedness (or as in part stock and in part indebtedness).

(b) Factors

The regulations prescribed under this section shall set forth factors which are to be taken into account in determining with respect to a particular factual situation whether a debtor – creditor relationship exists, or a corporation-shareholder relationship exists. The factors so set forth in the regulations may include among other factors:

- (1) whether there is a written unconditional promise to pay on demand or on a specified date a sum certain in money in return for an adequate consideration in money or money's Worth, and to pay a fixed rate of interest,
- (2) whether there is subordination to or preference over any indebtedness of the corporation,
- (3) the ratio of debt to equity of the corporation,
- (4) whether there is convertibility into the stock of the corporation, and
- (5) the relationship between holdings of stock in the corporation and holdings of the interest in question”.

²²² SANTOS. Ramon Tomazela. **Qualificação dos Rendimentos dos Instrumentos Híbridos nos Acordos de Bitributação**. 2015. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 71.

Isto posto, à luz do que foi descrito e tendo em vista a necessidade de representação fidedigna e apropriada das informações contábeis, determinamos o refazimento e a republicação das demonstrações financeiras de 2011 comparativas às de 2010 e o refazimento e a reapresentação dos Formulários DFP 2011 e 1º e 2º ITRs/2012, contemplando a segregação entre o valor do componente do passivo e o valor do componente do patrimônio líquido, considerada a adequada mensuração de derivativos embutidos presentes na escritura de emissão, face às disposições dos itens 16, (a) e (b) e 28 a 32 do CPC 39.

Bem como da sociedade Minerva S.A:

Isto posto, à luz do que foi descrito e tendo em vista a necessidade de representação fidedigna e apropriada das informações contábeis, determinamos o refazimento das demonstrações financeiras de 2011 a serem divulgadas no comparativo com as demonstrações financeiras de 2012 e o refazimento e a reapresentação dos Formulários 1º, 2º e 3º ITR/2012, contemplando a segregação entre o valor do componente do passivo e o valor do componente do patrimônio líquido, considerada a adequada mensuração de derivativos embutidos presentes na escritura de emissão, face às disposições dos itens 12 do Pronunciamento Técnico CPC 08(R1) e 16, (a) e (b), 28 a 32 e AG 31 do Pronunciamento Técnico CPC 39, bem como observados os requerimentos previstos no Pronunciamento Técnico CPC 23 em função dos refazimentos exigidos.

Na hipótese específica dos instrumentos financeiros híbridos não tipificados, a natureza jurídica refletiria a relação econômica subjacente, com os respectivos efeitos fiscais atinentes a contabilização do instrumento no passivo e/ou patrimônio líquido. Conforme Edison Carlos Fernandes,

se a contabilidade segue a relação econômica (*accounting follows economics*), o mesmo acontece com o Direito, na determinação da roupagem jurídica a ser atribuída ao negócio. Como tive a oportunidade de escrever, o que se tem, na verdade, é que a atividade econômica determina a caracterização jurídica e a escrituração contábil; porém, esta última também depende do crivo daquela caracterização jurídica.²²³

Ademais, a adoção da *tie-breaker rules* pelo legislador não ofenderia os balizamentos constitucionais e legais da renda, obtido da interpretação sistemática dos artigos 150, I, e 153, III, da Constituição Federal, bem como do artigo 43 do CTN. Isso porque na hipótese atinente aos instrumentos financeiros híbridos, o cerne da controvérsia não é o reconhecimento de receita/renda ainda não realizados, mas a sua dedutibilidade para fins do IRPJ e CSLL, bem como os reflexos nas regras de JCP, subcapitalização e MEP.

²²³ FERNANDES, Edison Carlos. **Essência sobre a forma: falso dilema**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias Jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2013. Vol. 4. p. 51.

Constata-se, portanto, que diante da subjetividade contábil das normas IFRS, introduzidas no Brasil no ano de 2007, somada à existência de novos instrumentos de financiamento, que não encontram figura correspondente no direito brasileiro, a instituição de regra de *tie-braker rule* contribuiria para um nível de segurança e certeza elevados, calcados em normas objetivas e padronizadas, que são as características demandadas pela atividade tributária.

CAPÍTULO V – CONCLUSÕES

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, o financiamento das atividades empresariais sofreu profundas alterações ao longo dos anos. Se inicialmente o patrimônio era afetado à consecução das atividades empresariais, posteriormente foi utilizado como métrica do limite de risco comercial e jurídico dos sócios e credores da sociedade, fator que desencadeou a alteração da legislação de diversos países, receosos com os efeitos econômicos e fiscais provenientes da utilização excessiva do capital de terceiros pelas sociedades.

O financiamento das atividades empresariais com capital próprio ou de terceiros é objeto de controvérsias não equalizadas. Sob a ótica econômica, pode-se afirmar que os investimentos, os projetos e os seus fluxos de caixa que influenciam a estrutura de capital, e não o contrário. Sob a ótica jurídica, todavia, o financiamento empresarial com capital de terceiros é objeto de regulação, conforme demonstrado.

Se até o ano de 2007 as sociedades empresariais se socorriam do formalismo contábil então vigente para a obtenção de vantagens fiscais, melhorias do nível de endividamento, estrutura patrimonial e desempenho econômico, mediante a utilização de instrumentos financeiros híbridos, esse cenário se alterou após a introdução do IFRS por meio da Lei nº 11.638/2007.

A atribuição de competência aos Órgãos Reguladores, tal como a CVM, para a normatização de assuntos contábeis por meio de convênio com entidade especializada na emissão de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, impôs as sociedades empresariais o dever de observância dos pronunciamentos expedidos pelo CPC e formalmente adotados pela CVM por meio de suas Deliberações.

Até a presente data cinco sociedades empresariais se viram obrigadas à republicação das demonstrações financeiras pela CVM sob a alegação de que as características preponderantes dos títulos emitidos por essas companhias eram de passivo, e não de patrimônio. Trata-se, como visto, do conceito de primazia da essência econômica sobre a forma jurídica aplicado ao caso concreto pelo Órgão Fiscalizador.

Ocorre que se no âmbito contábil os instrumentos financeiros híbridos são classificados conforme a sua essência econômica, nos termos dos princípios introduzidos pelo IFRS, no âmbito tributário a Lei nº 12.973/2014 procurou neutralizar os efeitos tributários decorrentes dos novos princípios contábeis, mediante ajustes fiscais específicos, nos termos do artigo 58, parágrafos 2º e 3º do artigo 10 da Lei nº 9.249/1995, e artigos 38-A e 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977, introduzidos pela Lei nº 12.973/2014.

Todavia, não obstante a neutralidade tributária perquirida pelo legislador na hipótese da adoção ou modificação de critérios contábeis, os efeitos jurídicos provenientes das decisões expedidas pela CVM são se limitam à prática societária. Isso porque o direito tributário faz remissão expressa a conceitos contábeis, cuja composição é afetada por determinação de reclassificação da publicação pela CVM.

A base de cálculo do JCP, por exemplo, permanece sendo conceito contábil (contas do patrimônio líquido), afetada na hipótese de reclassificação contábil determinada pela CVM. No mesmo sentido os dividendos distribuídos, e posteriormente reclassificados como juros.

Não obstante o disposto no artigo 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977, inserido pela Lei nº 12.973/2014, no sentido de que “a remuneração, os encargos, as despesas e demais custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações, poderão ser excluídos na determinação do lucro real e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido quando incorridos”, a determinação de reclassificação do instrumento financeiro híbrido pela CVM, sob a alegação de que a subordinação da dívida é residual, adentra a natureza jurídica do instrumento, afastando o contribuinte, por conseguinte, da faculdade prevista no artigo 38-B do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Denota-se que as regras atinentes à neutralidade tributária não açambarcaram as hipóteses de republicação das demonstrações financeiras determinadas pelo Órgão regulador. O mesmo entendimento se aplica a regra geral prevista no artigo 58 da Lei nº 12.973/2014. A neutralização na apuração dos tributos federais não altera o conceito de lucro líquido (conceito contábil), dos limites de subcapitalização (conceito contábil), da base de

cálculo do JCP (conceito contábil) e do percentual de participação societária avaliada pelo método de equivalência patrimonial (conceito contábil). As hipóteses cogitadas sob a égide do RTT, de criação de lucro fiscal e JCP fiscal, por exemplo, não encontram amparo na atual legislação.

Ainda que os conceitos inseridos pela contabilidade internacional interessem às autoridades fiscais, a sua utilização está condicionada a alteração dos meios legais pelas autoridades competentes, para fins de exigência de tributo. A tradição civilista do direito brasileiro, conjugada aos rígidos princípios que permeiam o sistema tributário nacional, impedem a importação aleatória de procedimentos adotados por países estrangeiros.

A despeito do exposto, diante da insegurança jurídica e do oscilante posicionamento da jurisprudência administrativa, realçada pela possibilidade de reclassificação contábil determinada pela CVM, afetando, por conseguinte, o mercado de capitais brasileiro, mister que o legislador brasileiro adapte a atual legislação a essa nova realidade.

Essa questão poderia ser equacionada, por exemplo, com a introdução de regras de desempate (*“tie-breaker rules”*) na legislação tributária, que poderiam estabelecer critérios objetivos a serem aplicados conforme as características do instrumento financeiro híbrido. A forma de remuneração do instrumento (se certo ou incerto), o direito à devolução do capital (se certo ou incerto) e o prazo para pagamento da remuneração ou devolução do capital (se certo ou incerto) são elementos a serem considerados pelo legislador. Constatada a preponderância de elementos de capital, o instrumento financeiro e a respectiva remuneração receberiam a classificação contábil e fiscal de patrimônio, sem direito a dedutibilidade das remunerações. Em sentido contrário, constatada a preponderância de elementos de passivo, o instrumento financeiro e a respectiva remuneração receberiam a classificação contábil e fiscal de dívida, fazendo jus a dedutibilidade das remunerações.

Adicionalmente, a adoção da *tie-breaker rules* não violaria os balizamentos constitucionais e legais da renda, obtido da interpretação sistemática dos artigos 150, I, e 153, III, da Constituição Federal, bem como do artigo 43 do CTN. Nessa hipótese, o cerne da controvérsia não é a tributação de uma não renda, mas a dedutibilidade das despesas para fins do IRPJ e CSLL, bem como os reflexos nas regras de JCP, subcapitalização e MEP.

Constata-se, portanto, que diante da subjetividade contábil das normas IFRS, introduzidas no Brasil no ano de 2007, somada à existência de novos instrumentos de financiamento, que não encontram figura correspondente no direito brasileiro, a instituição de regra de *tie-braker rule* contribuiria para um nível de segurança e certeza elevados, calcados em normas objetivas e padronizadas, que são as características demandadas pela atividade tributária.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Perfil Jurídico do juro sobre o capital próprio: IRPJ, CSLL, PIS e COFINS – aspectos societários**. São Paulo: MP Ed., 2006.

_____. **Aspectos Contábeis da Lei nº 11.638/07: Reflexos Legais**. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed., 3ª tiragem. Atualizada por Rosolea Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BALLANTINE, Henry Winthrop. **On Corporations**. Chicago: Callaghan and Company, 1927.

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento Tributário: Perspectivas Jurisprudenciais**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). **Grandes Questões Atuais de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 15.

BARSCH, Sven-Eric. **Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-Border Context**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2012.

BATALHA, Wilson. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1977. Vol. 1.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A Moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1984.

BIFANO, Elidie Palma. **Aspectos Contábeis da Lei nº 11.638/07: Reflexos Legais**. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Contabilidade e direito: a nova relação.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos).** São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda.** 2ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BOWITZ, Maximilian; HEINRI, Sebastian. **Germany.** In: MAISTO, Guglielmo (Coord.). **Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law.** Amsterdam: IBFD, 2012. Vol. 8.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.598/1977,** de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. *Diário Oficial da União,* 27 de dezembro de 1977.

_____. **Lei nº 6.404/1976,** de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União,* 17 de dezembro de 1976.

_____. **Lei nº 6.385/1976,** de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União,* 9 de dezembro de 1976.

_____. **Lei nº 9.249/1995,** de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* 27 de dezembro de 1995.

_____. **Lei nº 9.430/1996,** de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* 30 de dezembro de 1996.

_____. **Lei nº 10.406/2002,** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União,* 11 de janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 11.638/2007,** de 28 de dezembro de 2007. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro

de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. *Diário Oficial da União*, 28 de dezembro de 2007.

_____. **Lei nº 11.941/2009**, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 28 de maio de 2009.

_____. **Lei nº 12.249/2010**, de 11 de junho de 2010. Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste – REPENEC e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 de junho de 2010.

_____. **Lei nº 12.973/2014**, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição – RTT e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 de maio de 2014.

_____. **Projeto de Lei nº 126/1995**, de 26 de dezembro de 1995. Câmara dos deputados. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido e dá outras providências. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/22469?o=d>

BRIGAGÃO, Gustavo; SCHARFSTEIN, Carlos Cornet. **Discussão sobre a Aplicabilidade para Fins Tributários, da Primazia da Essência**. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma das Leis das S/A – Desafios da Neutralidade Tributária e do Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Vol. 3.

CARMAN, Paul; BENDER, Kelly. **Debt, Equity or Other: Applying a Binary Analysis in a Multidimensional World**. J. TAX'N, at 17, July 2007.

CARRAZZA, Roque Antônio. **O regulamento no direito tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CARVALHO, Nelson. **Instrumentos financeiros híbridos**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. Vol. 2.

CARVALHO, Nelson; FLORES, Eduardo. **Instrumentos financeiros híbridos: possível conflito entre essência x forma?** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5.

CASTELON, Marta Oliveros. **Reforma dos mecanismos de proteção do capital e do credor das limitadas europeias: o exemplo da Alemanha**. Revista de Direito Empresarial, nº 8. p. 211-252. Curitiba: Jaruá, jul./dez. 2007.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. **Considerações sobre o Tratamento das Entidades Híbridas e dos Instrumentos Financeiros Híbridos na Convenção Modelo da OCDE**. Revista de Direito Tributário Internacional, nº 12. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 11º ed. São Paulo.: Saraiva, 2007. Vol.1.

DINIZ, Gustavo Saad. **Subcapitalização societária. Financiamento e responsabilidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do capital social**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____. **Do capital social: noção, princípios e funções**. Coimbra: Editora, 1998.

DONIAK JUNIOR, Jimir. **Considerações sobre alguns possíveis reflexos fiscais advindos da Lei nº 11.638/2007**. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). **Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Inovações da Lei nº 11.638/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DORIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DUNCAN, J. **General Report. Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross Border Transactions.** Cahiers de Droit Fiscal International. The Hague: IFA, 2000. Vol. 85a.

EQUIPE DE PROFESSORES DA FEA/USP. **Contabilidade Introdutória.** São Paulo: Atlas, 1998.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Interpretação e integração das leis tributárias.** Revista de Direito Administrativo, 40:24-37, 1955.

FERNANDES, Edison Carlos. **Essência sobre a forma: falso dilema.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias Jurídico-contábeis (Aproximações e Distanciamentos).** São Paulo: Dialética, 2013. Vol. 4.

FERRARA JR., Francesco. **Gli Impreditori e le società.** Milano: Giuffrè, 1975.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale.** 4. ed. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1976.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa.** São Paulo: Malheiros, 2009.

GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale: Le società.** 2ª ed. Bologna: Zanichelli, 1977.

GALHARDO, Luciana Rosanova; JUNIOR, Jorge Ney de Figueiredo Lopes; ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. **Instrumentos financeiros híbridos e o processo de convergência contábil brasileiro.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos).** São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 5.

GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar.** 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense. 1973.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário.** 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

HENDRIKSEN, Eldon S.; VAN BREDA, Michael F. **Teoria e Contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

HOPKINS, Patrick E. **The Effect of Financial Statement Classification of Hybrid Financial Instruments on Financial Analysts' Stock Price Judgments**. *Journal of Accounting Research*. Chicago: Wiley-Blackwell, 1996. Vol. 34.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Do direito do acionista ao dividendo**. São Paulo: Obelisco Ed., 1969.

LIMA, Mariana Miranda. **A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar a dupla tributação**. 2009. Tese (Mestrado em Direito Financeiro e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de direito mercantil e lei de marinha**. Serviço de Documentação do M.J.N.I., 1963.

LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga; **O Direito Contábil – Fundamentos Conceituais, Aspectos da Experiência Brasileira e Implicações**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 1.

LOPES, Jorge Ney de Figueirêdo Júnior; ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. **A adoção do IFRS no Direito Brasileiro e os Limites da Conciliação do Contábil com o Legal Tributário**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2015. Vol. 6.

LOPES, Tatiana. **Instrumentos financeiros híbridos, compostos e derivativos embutidos: impactos da não regulamentação do tema pela MP 627/2013**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. Vol. 6.

LORIA, Eli. **Estrutura e função do capital social na companhia aberta**. 2009. Tese de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS, Eliseu; LOPES, Alexsandro Broedel. **Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem**. São Paulo, Atlas, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. **Norma Antielisão Tributária e o Princípio da Legalidade, à Luz da Segurança Jurídica**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 119. São Paulo: Dialética, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. Vol. 1.

MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MODIGLIANI, Franco; MILLER, Merton H. **Corporate income taxes and the cost of capital: a correction**. Nashville: The American Economic Review, Jun. 1963. Vol. 53, nº 3.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. 5 volumes.

MYERS, Stewart C. **Capital Structure**. The Journal of Economic Perspectives. Spring, 2001. Vol. 15, nº 2.

_____. **Determinants of corporate borrowing**. Amsterdam: Journal of Financial Economics, 1977. Vol. 5, issue 2.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **A tributação da renda e sua relação com os princípios contábeis geralmente aceitos.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico contábeis (aproximações e distanciamentos).** São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Juros remuneratórios do capital próprio.** In: COSTA, Alcides Jorge (Coord.). **Direito tributário atual.** São Paulo: Dialética, IBDT, 1998. Vol.15.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Tributario.** 5ª ed. Madri: Aranzadi, 2002.

PAULA, Euripedes Simões de. **As origens das corporações de ofício: as corporações em Roma.** Revista de História. São Paulo, jan./mar, 1966. Nº 65.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PELÁ, Carlos. **Juros e Preços de Transferência. Nova Sistemática Introduzida pela Lei nº 12.766/2012.** In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Tributos e Preços de Transferência.** São Paulo: Dialética, 2002. Vol. 4.

PIC, Paul. **Fine delle società commerciali.** Tradução de Arnaldo Bruschetti. Milano: Società Editrice Libreria, 1913. Vol.1.

POLITO, Anthony P. **Useful Fictions: Debt and Equity Classification in Corporate Tax Law.** Arizona State Law Journal. Tempe: Sandra Day O'Connor College of Law, 1998. Vol. 30.

QUERALT, Juan Martin; SERRANO, Camelo Lozano; BLANCO, Francisco Poveda. **Derecho Tributario.** Madrid: Aranzadi, 1999.

RAMIREZ BOSCO, Lucas. **Responsabilidad por infracapitalizacion societária.** Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 3ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Vol. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

REVISTA dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2009. Nº 169.

ROHATGI, Roy. **Basic International Taxation**. 2º ed. New Delhi: Taxmann, 2007.
Vol. 2: Practice.

SANTOS. Ramon Tomazela. **Qualificação dos Rendimentos dos Instrumentos Híbridos nos Acordos de Bitributação**. 2015. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. Vol. 1.

_____. **Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Oscar Joseph De Plácido e. **Noções práticas de direito comercial**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. Vol. 1.

SZTAJN, Rachel. **O contrato e inovação financeira. Ensaio sobre contratos futuros e swaps**. 1996. Tese (Título de Professor Titular do Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

TOKARS, Fabio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional – Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito Tributário e Direito Privado: Autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Juros sobre o capital próprio: autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária. Direito Tributário Internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Vol. IV.

VALLE, Mauricio Ribeiro. **Estrutura de capital de empresas brasileiras em um ambiente de alta taxa de juros e na presença de fontes diferenciadas de financiamento**.

2008. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2008.

VASCONCELLOS, Roberto de França. **A evolução da legislação de preços de transferência aplicável às operações financeiras.** In prelo.

VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital, with Particular Reference to German Treaty Practice.** 3ª ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

WEBER, Max. **História geral da economia.** Tradução de Calógeras A. Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

WIEDEMANN, Herbert. **Gesellschaftsrecht: Ein Lehrbuch des Unternehmens – und Verbandsrechts.** München: Beck, 1980. Vol. 1.

XAVIER, Alberto. **Natureza Jurídico-Tributária dos “juros sobre o capital próprio” face à lei interna e aos tratados internacionais.** Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, jun. 1997. Nº 21.

_____. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva.** São Paulo: Dialética, 2002.