

Free Capital de Estabelecimentos Permanentes: Preços de Transferência ou Subcapitalização?

João Victor Guedes Santos

Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP.

Resumo

Este estudo expõe e analisa criticamente os mecanismos existentes para o controle fiscal do *free capital* de estabelecimentos permanentes. Após o exame de trabalhos da OCDE sobre o tema e a maneira como certos países lidam com a questão, analisa-se se em face de diminuta quantia de *free capital* a legislação brasileira de preços de transferência e de subcapitalização é dotada de instrumentos hábeis para impor limites ao endividamento contraído por estabelecimentos permanentes.

Palavras-chave: *free capital*, estabelecimento permanente, OCDE, preços de transferência, subcapitalização.

Abstract

This paper exposes and critically analyzes the existing mechanisms for the tax control of the free capital of permanent establishments. After examining the OECD publications on the subject and the way certain countries deal with the matter, it is analyzed whether Brazilian transfer pricing and thin capitalization legislation provides for appropriate instruments aiming at the limitation of the indebtedness of permanent establishment with low free capital.

Keywords: free capital, permanent establishment, OECD, transfer pricing, thin capitalization.

I. Introdução

O termo *free capital* pode ser definido como a parcela de capital de uma entidade que tem por característica primordial não estar atrelada ao pagamento de juros e, conseqüentemente, a uma despesa dedutível.¹ Em outras palavras, *free capital* corresponde ao capital contribuído pelos sócios a uma dada entidade, o qual, de acordo com a definição do *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD), seria também adicionado dos lucros não distribuídos e das reservas.²

Numa entidade dotada de personalidade jurídica independente e distinta, o montante de *free capital* é facilmente identificável, estando por vezes sujeito a limites mínimos. Deveras, em determinadas situações e para atividades econômicas específicas, especialmente no setor financeiro, muitas jurisdições acabam por

¹ Cf. Parágrafos 15 e 105 do relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), publicado em 2010, concernente à temática da atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes, intitulado *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*.

² Cf. IBFD. *IBFD International Tax glossary*. 6ª edição. Amsterdã: IBFD, 2009, p. 196.

impor quantias mínimas de capital necessário para que uma pessoa jurídica possa operar.³

Com relação a instituições financeiras, convém mencionar que, por meio do Acordo da Basileia I, de 1988, estabeleceu-se a exigência do capital mínimo necessário para suportar os riscos empresariais, traduzido pelo quociente entre o capital regulatório e os ativos ponderados pelos riscos. No Brasil, o reflexo prático de tal Acordo ocorreu a partir de 1994, quando, através da Resolução nº 2.099, impuseram-se patamares mínimos de capital realizado e patrimônio líquido a serem cumpridos.⁴⁻⁵

Nada obstante as supramencionadas regras, não é usual que os países imponham, por meio de regras mercantis, dotação mínima de capital para filiais, sucursais, agências ou representações, ainda que concernentes a pessoas jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

Outro é o cenário quando se está diante de regras fiscais que lidam com a dotação de capital a tais entidades. Dado que como regra geral as despesas financeiras são dedutíveis para fins tributários, adquiriu grande relevância no contexto da OCDE assegurar que seja efetuada, em âmbito fiscal, apropriada alocação de *free capital* de uma pessoa jurídica ao seu estabelecimento permanente, de modo a garantir atribuição de lucros *at arm's length*.⁶

Muito se discute sobre os parâmetros de mercado que devem guiar as operações comerciais e financeiras praticadas entre partes vinculadas, no que se inclui a relação entre estabelecimentos permanentes e sua matriz. Impõem-se regras cogentes para determinar o preço de mercado a ser contraposto ao preço praticado em operações mercantis de compra e venda ou de prestação de serviços, bem como as taxas de juros mínimas e máximas para a apuração das quantias mínimas e máximas de receitas e despesas financeiras, respectivamente, nas transações entre partes vinculadas. Por outro viés, nessa seara de transações financeiras, também está progressivamente adquirindo maior relevância no contexto internacional, merecendo maior atenção na prática brasileira, a discussão não sobre o montante da despesa financeira passível de dedução, mas da própria possibilidade de a despesa existir.

³ Na experiência brasileira, recentemente verificou-se a imposição de capital mínimo para a operação das chamadas empresas individuais de responsabilidade limitada (Eireli), capital este que, conforme o artigo 980-A do Código Civil, não será inferior a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País. No entanto, como regra geral aplicável a pessoas jurídicas não financeiras, não se costuma estipular capital social mínimo para as entidades que atuam no Brasil, o qual deverá apenas ser adequado à consecução das atividades que compõem o objeto social da empresa.

⁴ A regulamentação brasileira do Acordo da Basileia I está em linha com o disposto na Lei nº 4.595/1964, que já estabelecia como função atribuída ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a delimitação, com periodicidade não inferior a dois anos, do capital mínimo das instituições financeiras privadas, levando em conta sua natureza e a localização de suas sedes e agências ou filiais.

⁵ É de se notar que, enquanto países como Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra, então componentes do Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, regulamentaram internamente as referidas medidas em 1992, outros países caminharam na mesma esteira brasileira de fazê-lo em momento posterior, como, por exemplo, Portugal que, por meio da Portaria nº 95/1994, do Ministro das Finanças, estabeleceu o capital mínimo das instituições de crédito e sociedades financeiras.

⁶ Cf. Parágrafo 106 do *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*.

Destarte, expondo-se a preocupação da OCDE acerca da determinação do *free capital* de estabelecimentos permanentes e compulsando-se as duas principais metodologias que as Administrações Tributárias utilizam para controlá-lo - preços de transferência e subcapitalização -, busca-se analisar se as autoridades fiscais brasileiras dispõem de ferramentas hábeis para a requalificação de financiamentos contraídos por filiais, sucursais, agências e representações com sua matriz, glosando a dedutibilidade das despesas financeiras correlatas.

II. Métodos da OCDE para a Determinação do *Free Capital*

O artigo 7º da Convenção Modelo da OCDE trata da competência impositiva dos Estados contratantes em relação aos lucros empresariais. Nos termos do mencionado dispositivo, os lucros empresariais apenas são tributáveis no Estado da residência, salvo se a atividade for conduzida no outro Estado contratante por meio de estabelecimento permanente. Na existência de dito estabelecimento permanente, também o Estado da fonte poderá tributar os resultados decorrentes da atividade econômica exercida em seu território.

É o parágrafo 2º do artigo 7º que lida com o tema da atribuição de lucros ao estabelecimento permanente. Os lucros a ele atribuídos correspondem aos resultados que obteria caso fosse uma pessoa jurídica distinta e separada exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e negociando com absoluta independência com a pessoa jurídica da qual é estabelecimento permanente.

A Convenção Modelo funda-se no tripé “funções-riscos-ativos” para a atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes. Em outras palavras, a determinação do *quantum* tributável no Estado da fonte baseia-se nas funções performadas, nos riscos assumidos e nos ativos utilizados pelo estabelecimento permanente. Isto é feito em duas etapas. Primeiro, mensuram-se os riscos e avaliam-se os ativos atribuídos ao estabelecimento permanente. Subsequentemente, determina-se o *free capital* necessário para fazer frente aos referidos riscos e ativos.⁷

O princípio básico subjacente à teoria da OCDE é que quanto mais funções realizar o estabelecimento permanente, quanto mais riscos ele assumir e quanto mais ativos a ele forem alocados, maiores serão os lucros que lhe competem e, por conseguinte, que lhe deverão ser atribuídos para fins tributários.⁸

A OCDE prevê algumas aproximações (ou métodos) para atribuir *free capital* a estabelecimentos permanentes de modo que sejam suportados as funções performadas, os riscos assumidos e os ativos atribuídos. Essas aproximações partem do pressuposto de que a capacidade de solvência (*creditworthiness*) de um estabelecimento permanente corresponde à capacidade de solvência da entidade da qual este faz parte.

⁷ A tarefa de medir riscos e avaliar ativos é especialmente difícil no caso de entidades não financeiras, uma vez que, para a maior parte das situações, suas atividades empresariais rotineiras não lhes exigem esse procedimento, tampouco existem normas regulatórias lhes impondo tal conduta.

⁸ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; e GÜNTHER, Oliver-Christoph. “A subsidiária/filial (*subsidiary*) como estabelecimento permanente”. *Revista de Direito Tributário Internacional* v. 16. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 116.

O objetivo visado pela OCDE é assegurar que a atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes ocorra *at arm's length*, uma vez que tal princípio demandaria que uma entidade independente possua capital próprio suficiente para fazer frente a suas atividades. Desta forma, busca-se que na análise fiscal das transações verifique-se se a dotação de capital ao estabelecimento permanente está adequada e, assim, se as despesas incorridas seguem padrões de mercado.

Em linhas gerais, a OCDE prevê quatro métodos principais para a atribuição de *free capital* aos estabelecimentos permanentes, a saber: (i) *capital allocation approach*; (ii) *economic capital allocation approach*; (iii) *thin capitalisation approach*; e (iv) *safe harbour approach* ou *quasi thin capitalisation/regulatory minimum capital approach*.⁹ Sem o objetivo de discorrer sobre os detalhes desses métodos e suscitar em minúcias as discussões existentes, expor-se-á nas linhas a seguir suas características essenciais.

O *capital allocation approach* visa alocar *free capital* conforme a atribuição de ativos detidos e riscos assumidos. O *free capital* é alocado de acordo com a proporção de ativos e riscos atribuídos ao estabelecimento permanente por meio de uma análise funcional. Assim, se tal análise funcional verificar que o estabelecimento permanente detém 25% dos ativos e/ou riscos, a ele será atribuído 25% do *free capital* da pessoa jurídica.

O *economic capital allocation approach* tem o objetivo de atribuir *free capital* com base no denominado capital econômico da empresa, que não se confunde com o capital exigido para fins regulatórios. Este método é mais voltado para agentes que atuam no setor financeiro, com a mensuração de riscos que têm o condão de impactar a rentabilidade dos estabelecimentos permanentes.

O *thin capitalisation approach* busca efetuar a comparação da estrutura de capital e dívida do estabelecimento permanente com a de pessoas jurídicas que desenvolvem atividades idênticas ou similares na mesma jurisdição. Mediante análise funcional e factual dos ativos, riscos e atividades do estabelecimento permanente, primeiro lhe é atribuído o montante *arm's length* de recursos que seriam necessários para os seus negócios, para posteriormente, em vista do fator *debt-equity* utilizado pelo país que abriga o investimento, determinar a parcela de *free capital* julgada adequada.

Por fim, o *safe harbour approach* ou *quasi thin capitalisation/regulatory minimum capital approach* exige que o estabelecimento permanente tenha no mínimo o mesmo montante de *free capital* exigido, para fins regulatórios, de pessoas jurídicas operando no mesmo país. Trata-se de método que tem maior aplicabilidade no setor bancário e que, por desconsiderar importantes fatores relacionados a funções, riscos e ativos, não compõe os denominados *authorized OECD approaches*.

O *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, especialmente na sua última versão, de 2010, deixa claro que para a OCDE a determinação da quantia adequada de *free capital* possui papel de suma importância no processo de atribuição de lucros aos estabelecimentos permanentes, tal como designado pelo artigo 7º da Convenção Modelo. Portanto, a formulação de parâmetros que

⁹ Mencione-se que, para setores específicos, como o securitário, são previstos outros métodos para a determinação do *free capital* de estabelecimentos permanentes.

possam ser considerados minimamente adequados, como se buscou fazer através dos denominados *authorized and non-authorized OECD approaches*, constituiria passo muito importante no processo de evitar ou minimizar a tributação em excesso ou menor do que a devida.

Até as alterações ocorridas em 2010 aos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, Portugal expressamente reservava o seu direito de não seguir a posição de que os países necessariamente deveriam, para atenderem ao princípio do *arm's length*, exigir um nível mínimo de *free capital* para os estabelecimentos permanentes situados em seu território. Até então, as autoridades portuguesas possuíam o entendimento de que eram necessárias previsões legislativas domésticas regulamentando a questão.¹⁰

Ademais, é importante notar que a adoção de ajustes em função do nível de *free capital* ainda não é pacífica nem mesmo entre os países-membros da OCDE. Na atual modelagem da Convenção Modelo, a Suécia fincou a observação de que entende que não necessariamente os métodos previstos no *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* conduzem a resultados *arm's length*, razão pela qual se reserva o direito de, em determinadas circunstâncias, não aplicá-los e mitigar eventual dupla tributação via procedimento amigável.¹¹

Fixadas essas premissas básicas acerca da importância conferida pela OCDE ao controle do *free capital*, passa-se à discussão sobre os mecanismos segundo os quais os países eventualmente poderiam, de fato, efetuar o retromencionado controle.

III. Controle do *Free Capital* por Preços de Transferência?

III.1. *Espectro geral*

Muitos países incorporam às suas normas domésticas redação semelhante à utilizada na Convenção Modelo da OCDE em relação à necessidade de que transações entre partes vinculadas sejam analisadas e controladas como se tivessem sido praticadas entre partes independentes (*at arm's length*). Destes, há países que preveem métodos para o controle de preços de transferência que não possuem grande rigidez em sua aplicação, acarretando a discussão acerca de se o *free capital* de estabelecimentos permanentes é controlável por tais regras.

Pode-se mencionar como exemplo a situação de Portugal, em que o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Circ) traz a diretriz geral de que nas operações financeiras entre partes que tenham relações especiais devem ser contratados, aceitos e praticados termos ou condições de mercado. Um

¹⁰ No original: "70. Portugal wishes to reserve its right not to follow the position expressed in paragraph 45 of the Commentary on Article 7 except whenever there are specific domestic provisions foreseeing certain levels of 'free' capital for permanent establishments."

¹¹ No original: "82. Sweden wishes to clarify that it does not consider that the different approaches for attributing 'free' capital that are included in the Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments will necessarily lead to a result in accordance with the arm's length principle. Consequently, Sweden would, when looking at the facts and circumstances of each case, in many cases not consider that the amount of interest deduction resulting from the application of these approaches conforms to the arm's length principle. When the different views on attributing 'free' capital will lead to double taxation, the mutual agreement procedure provided for in Article 25 will have to be used."

dos métodos apresentados pela norma portuguesa é o do Preço Comparável de Mercado (PCM), cuja sistemática de aplicação exige apenas que se comparem transações realizadas entre partes vinculadas com o que se verifica no mercado.

Em face desse cenário, tem-se conhecimento de litígios em marcha em Portugal, por meio dos quais se discute a glosa da dedutibilidade de despesas financeiras de estabelecimentos permanentes pelo fato de terem as autoridades fiscais portuguesas considerado, supostamente com base na aplicação das regras lusas de preços de transferência (e alegadamente com base no método PCM), que o *volume* dos empréstimos contratados com parte vinculada não atende a parâmetros normais de mercado. Questiona-se, portanto, o vulto dos empréstimos contratados com parte vinculada, e não necessariamente a taxa praticada.

É dizer, tratando o estabelecimento permanente como ente desvinculado da matriz, o que se alega é (i) que jamais lhe seria concedido empréstimo vultoso por terceiro independente estando-se em face de quantia diminuta de *free capital*; e (ii) que o controle de preços de transferência autorizaria o Fisco luso a tratar parcela das despesas financeiras como indedutível.

Não constitui nosso escopo analisar se a legislação portuguesa ou qualquer outra legislação estrangeira relativa ao controle dos preços de transferência autoriza dito ajuste, mas tão somente fazer emergir a discussão. No entanto, importante se faz destacar que discussões sobre a possibilidade de as regras de preços de transferência controlarem a quantia de *free capital* dos estabelecimentos permanentes apenas originam-se quando é possível extrair interpretação nesse sentido das próprias legislações internas de cada jurisdição. Esta é a pedra de toque que guiará a análise desta questão sob a ótica brasileira.

Com efeito, confirmam-se os dispositivos convencionais possivelmente aplicáveis a tal situação:¹²

“Artigo 7 (Lucros das empresas)

(...)

2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, *serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.*

(...)”

(Destacamos)

“Artigo 9 (Empresas associadas)

Quando:

a) uma empresa de um Estado Contratante participar direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado Contratante, ou

¹² Focando-nos na prática brasileira, os excertos foram extraídos do tratado firmado pelo Brasil com o Governo da Espanha. Embora o tratado divirja da Convenção Modelo da OCDE em variados aspectos, em substância isto não ocorre em relação aos excertos colacionados.

b) as mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante, e, em ambos os casos, as duas empresas estiverem ligadas, nas suas relações comerciais ou financeiras, por condições aceitas ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, *os lucros que, sem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados como tal.*"

(Destacamos)

O artigo 9º da Convenção Modelo não parece ser *prima facie* aplicável na relação entre matriz e estabelecimento permanente, inclusive tão somente dispondo a OCDE em seus Comentários que o dispositivo se aplica nas relações existentes com subsidiárias ou com pessoas jurídicas sob controle comum.¹³ Entretanto, seus preceitos básicos devem ser considerados quando se faz, nos termos do artigo 7º, a atribuição de lucros aos estabelecimentos permanentes.

Nesse sentido, no caso de operações financeiras, é importante destacar que, de acordo com o entendimento da OCDE, o artigo 9º não é relevante apenas para a verificação de se a taxa de juros fixada em contratos de mútuo foi praticada seguindo parâmetros de mercado, mas também para fins de se verificar se efetivamente o mútuo deve ser fiscalmente tratado como obrigação financeira ou se, em verdade, corresponde a contribuição ao capital social.¹⁴

Nota-se que, a despeito de os tratados trazerem a possibilidade de tributação de lucros de estabelecimentos permanentes pelo Estado da fonte e de que ajustes sejam efetuados em função da ausência de independência das partes, não estipulam critérios para tanto. Os Comentários da OCDE à sua Convenção Modelo e outros documentos produzidos por essa entidade, como o *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* e o *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, trazem diretrizes a serem seguidas pelos países, as quais não são, no entanto, automaticamente aplicáveis.

Autorizam-se, assim, os ajustes necessários para garantir a tributação de lucros de mercado, porém não são mandatoriamente fixados critérios objetivos para tanto.

Portanto, no que tange ao *free capital* de estabelecimentos permanentes, são necessárias regras domésticas cogentes que estipulem e imponham os ajustes a serem efetuados. Destarte, verifiquemos, neste momento, se a legislação brasileira de preços de transferência permite tais ajustes.

III.2. Espectro brasileiro

De acordo com a legislação fiscal de preços de transferência, os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada ou residente ou domiciliada em paraíso fiscal ou fruidora de regime fiscal privilegiado serão dedutíveis apenas se a taxa aplicada

¹³ Cf. Parágrafo 1º dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo.

¹⁴ Cf. Parágrafo 3(b) dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo.

não for superior à Libor (*London Interbank Offered Rate*) para seis meses, acrescida de percentual fixo a título de *spread*.¹⁵

Esse é o controle de preços de transferência que se efetua no Brasil sobre operações financeiras passivas. Controlam-se, somente, as taxas de juros acordadas em operações em que, em razão de suposta dependência entre as partes, se considera possam não ter sido pactuadas *at arm's length* e, portanto, divergir de parâmetros de mercado.

Uma primeira questão que se apresenta é se o controle de preços de transferência seria aplicável quando se está diante de estabelecimento permanente brasileiro de pessoa jurídica residente no exterior, seja na situação em que dita filial, sucursal, agência ou dependência brasileira negocia com sua matriz ou quando realiza transações com pessoa situada em paraíso fiscal ou que faça jus a regime fiscal privilegiado.

Muito embora a resposta afirmativa a essa indagação pareça ser elementar, a mera leitura do *caput* dos artigos 23, 24 e 24-A da Lei nº 9.430/1996 demonstra que análise mais acurada é requerida. Afinal, ao apresentar o conceito de pessoa vinculada, o mencionado artigo 23 arrola as entidades ou pessoas que, para efeitos legais, serão consideradas vinculadas à *pessoa jurídica domiciliada no Brasil*, ao passo que os aludidos artigos 24 e 24-A impõem que as disposições relativas a preços de transferência se apliquem às operações realizadas por *pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil* com pessoa residente ou domiciliada em paraíso fiscal ou que se beneficie de regime fiscal privilegiado.

Nesse sentido, a lei brasileira faz menção à necessidade de que “pessoa jurídica” residente no Brasil realize operações, a fim de que se aplique o controle de preços de transferência. Todavia, estabelecimentos permanentes possuem a característica primordial de serem desprovidos de personalidade jurídica. Constituem mera extensão de pessoa jurídica existente, a qual acaba por desenvolver atividades através de estabelecimento que representa uma unidade fixa de negócios, que poderá ter a modelagem jurídica de filial, sucursal, agência ou outras dependências, como escritórios de representação e plantas industriais.

Nada obstante o termo “pessoa jurídica” possa parecer indicar que estabelecimentos permanentes localizados no Brasil não estariam sujeitos ao controle dos preços de transferência, outras razões há para verificar que conclusão nesse viés seria deveras precipitada.

Em primeiro lugar, o inciso I do citado artigo 23 apresenta como pessoa vinculada a *matriz* da pessoa jurídica brasileira, quando domiciliada no exterior. Num sentido técnico ou escorreito, utiliza-se o termo “matriz” para referir-se às relações entre entidades envoltas por uma mesma personalidade jurídica, como ocorre com estabelecimentos permanentes. Nas situações em que há pessoa jurídica brasileira em cujo capital participa pessoa jurídica estrangeira tida como

¹⁵ Embora a limitação na taxa de juros acordada atualmente seja aplicável apenas se o contrato de mútuo não estiver registrado perante o Banco Central do Brasil (Bacen), passará a ser aplicável indistintamente caso a Medida Provisória nº 563/2012 seja convertida em lei nos termos em que se encontra no momento de elaboração deste estudo.

parte vinculada, utiliza-se o termo “controladora” ou “coligada”, como o faz o mesmo artigo 23 da Lei nº 9.430/1996, no seu inciso III.

Desta maneira, é preciso interpretar sistematicamente o termo “pessoa jurídica” empregado pelo *caput* dos artigos 23, 24 e 24-A da Lei nº 9.430/1996. Deve-se inquirir se o conceito cível e mercantil de pessoa jurídica deve ser relevado em prol da obtenção de um conceito que melhor se adequa aos objetivos buscados pelo legislador fiscal.

Dita sistematicidade pode ser facilmente extraída da própria legislação fiscal, cujo artigo 147 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999), com vistas a determinar o escopo subjetivo de aplicação das regras de apuração do tributo em referência, para fins tributários equipara a pessoa jurídica às filiais, sucursais, agências ou representações das pessoas jurídicas com sede no exterior.

Do exposto extrai-se que, para efeitos do controle de preços de transferência, o legislador não está a fazer referência ao conceito societário de pessoa jurídica, mas ao conceito que a legislação tributária, por ficção jurídica, lhe atribui.¹⁶ De tal modo, conclui-se que sim, as regras de preços de transferência são aplicáveis às relações financeiras e comerciais decorrentes da relação matriz-estabelecimento.

Superada tal discussão preliminar, coloca-se a questão de se seria possível, com base nas regras brasileiras de preços de transferência, considerar que parcela das despesas financeiras de um estabelecimento permanente é indedutível em razão da inexistência de *free capital* adequado para comportar o endividamento contraído com parte vinculada ou com pessoa domiciliada em paraíso fiscal ou fruidora de regime fiscal privilegiado.

Diferentemente do que se verifica em outras partes do globo, a disciplina dos preços de transferência no Brasil é rígida. Os parâmetros de mercado são preestabelecidos pelo legislador fiscal. Isto implica dizer que, ainda que sob um viés econômico conclua-se que outro seria o preço de mercado em relação a uma dada transação, ou mesmo que sob condições normais de mercado determinada operação jamais ocorreria, não poderá o aplicador do Direito Tributário desviar-se do que previu o legislador fiscal, impondo ajustes sem fundamentação legal.

Afinal, nos termos das disposições legais aplicáveis, controlam-se apenas os juros pactuados, não tendo se preocupado o legislador de preços de transferência com o fato de se o contrato de mútuo configura genuína relação creditícia ou se deve ser tratado de outra maneira para fins fiscais.

Destarte, conclui-se que seria desprovido de embasamento legal qualquer ajuste de preços de transferência que tenha correlação com o nível de *free capital* do estabelecimento permanente brasileiro.

¹⁶ Demonstrando certa imprecisão terminológica, é de se mencionar que há, inclusive, dispositivos legais que acabam por colocar o termo “filiais” sob a rubrica “pessoas jurídicas”. Exemplo disto ocorre na Lei nº 4.131/1962, que regula a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, a qual, em seu artigo 42, assevera que “As pessoas jurídicas que tenham predominância de capital estrangeiro ou sejam filiais ou subsidiárias de empresas com sede no exterior ficam sujeitas às normas e às alíquotas do imposto de renda estabelecidas na legislação deste tributo.”

IV. Controle do *Free Capital* por Subcapitalização?

IV.1. *Espectro geral*

Variados artifícios para mitigar a tributação na repatriação de lucros usualmente ocorrem por meio da tomada de despesas financeiras com partes vinculadas localizadas em paraísos fiscais ou países que, direta ou indiretamente, oferecem tratamento mais vantajoso à renda financeira obtida de subsidiárias estrangeiras. As regras de combate à subcapitalização constituem uma das medidas que têm por objetivo evitar a repatriação de lucros para entidades domiciliadas no exterior sem que tenha havido a devida tributação pelo Estado em que reside a empresa que os auferiu.¹⁷

Muitos países, especialmente os membros da OCDE, aplicam medidas, genéricas ou específicas, voltadas ao combate da erosão de base tributária em decorrência da baixa capitalização de empresas residentes, em cujo capital participam não residentes. Em Portugal, o artigo 67 do Circ determina que quando for excessivo o endividamento do sujeito passivo para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado-membro da União Europeia, e com a qual existam relações especiais, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não serão dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.

De acordo com a legislação portuguesa, existe excesso de endividamento quando o valor das dívidas concernentes a cada uma das entidades associadas, com referência a qualquer momento do período de apuração, seja superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo. Utiliza-se, portanto, a razão (ou *ratio*) máxima de 2:1.

Através do caso Lankhorst-Hohorst, de 12 de dezembro de 2002, concernente a um contribuinte alemão cuja dedutibilidade de despesa financeira incorrida com parte vinculada holandesa foi glosada em função de a relação entre financiamento e capital próprio superar a razão máxima de 3:1 então contida na legislação de subcapitalização alemã, a Corte Europeia de Justiça (ECJ) decidiu que tal regra, se aplicada em âmbito comunitário e apenas em relação a pagamentos a empresas estrangeiras, infringe a liberdade fundamental de estabelecimento e o princípio da não discriminação.

Não obstante, mesmo depois do caso Lankhorst-Hohorst, regras concernentes à subcapitalização continuam vigentes em muitos países da comunidade europeia, ainda que com escopo de aplicação restrito a despesas financeiras contratadas com países não membros da União Europeia.

Outros países houveram por bem substituir as normas de subcapitalização por outras de escopo mais geral. Na experiência espanhola, por exemplo, como parte de um conjunto de medidas para combater a crise e aumentar a arrecadação fiscal, no final do primeiro trimestre de 2012 instituiu-se regra de que os gastos financeiros líquidos das pessoas jurídicas domiciliadas na Espanha serão dedutíveis apenas até o limite de 30% do lucro operacional do exercício.¹⁸

¹⁷ Cf. Parágrafo 168 do relatório da OCDE publicado em 1998 para discutir questões relativas à concorrência fiscal prejudicial, intitulado *Harmful tax competition: an emerging global issue*.

¹⁸ Os gastos financeiros líquidos serão integralmente dedutíveis no período fiscal, sem a aplicação

O extinto regime espanhol de combate à subcapitalização estabelecia o tratamento fiscal de dividendos aos juros relativos a endividamentos com partes vinculadas que excedessem ao coeficiente de três vezes o capital da mutuária (razão máxima de 3:1). Como consequência, as despesas financeiras em excesso eram consideradas gasto não dedutível e estavam potencialmente sujeitas à retenção espanhola aplicável às distribuições de dividendos.

Adicionalmente, o escopo das regras de subcapitalização num âmbito global não está apenas sujeito aos limites ditados pelas normas comunitárias - no caso de países europeus -, mas também aos ditames convencionados em tratados para evitar a dupla tributação.

Os tratados não trazem regras específicas de combate à subcapitalização, ficando sua disciplina inteiramente destinada às legislações internas, mas podem sobremaneira restringir sua aplicação. Neste sentido, deve-se mencionar que o Supremo Tribunal espanhol vem acertadamente adotando o posicionamento de que as então vigentes regras de subcapitalização não são compatíveis com cláusulas de não discriminação contidas nos tratados firmados pela Espanha.¹⁹ Esta é a posição julgada mais acertada sobre o tema,²⁰ a não ser que haja no tratado analisado expressa previsão em sentido contrário.²¹

IV.2. Espectro brasileiro

Dispõe a legislação fiscal brasileira de combate à subcapitalização que os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil a pessoa física ou jurídica residente no exterior que seja vinculada, residente em paraíso fiscal ou fruidora

da mencionada trava dos 30%, até o limite de € 1.000.000,00. Por outro lado, a despesa financeira que não puder ser deduzida em determinado período de apuração, poderá sê-lo durante os próximos 18 anos, conjuntamente com os demais gastos financeiros existentes no período, observado o limite de 30% do lucro operacional corrente.

¹⁹ Veja-se, como exemplo, excerto do artigo 24 do tratado firmado pelo Governo espanhol com o Brasil, o qual está em consonância com a Convenção Modelo da OCDE:

“Art. 24. (...)”

4. As empresas de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.”

²⁰ Embora a OCDE tenha por tradição afirmar que medidas domésticas antiabuso são compatíveis com a Convenção Modelo, estatui nos Comentários ao artigo 24 que se as regras de subcapitalização forem aplicáveis apenas quando se depara com credores não residentes, estar-se-ia diante de discriminação vedada:

“74. Paragraph 4 does not prohibit the country of the borrower from applying its domestic rules on thin capitalisation insofar as these are compatible with paragraph 1 of Article 9 or paragraph 6 of Article 11. However, if such treatment results from rules which are not compatible with the said Articles and which only apply to non-resident creditors (to the exclusion of resident creditors), then such treatment is prohibited by paragraph 4.”

²¹ Isto acontece, por exemplo, no tratado firmado pelo Brasil com o Governo do Chile, em 2003:

“Protocolo:

7. Com referência ao Artigo 23

(...)

d) Para maior certeza, assinala-se que as disposições do Artigo 23 da presente Convenção não impedem a aplicação, por um Estado Contratante, das respectivas normas internas relativas à subcapitalização ou endividamento excessivo.”

de regime fiscal privilegiado serão dedutíveis apenas se observados determinados limites de endividamento legalmente estipulados.

Num primeiro momento, o legislador fiscal não esclarece se as regras para evitar a subcapitalização das empresas brasileiras são aplicáveis apenas quando se está diante de entidades dotadas de personalidade jurídica ou se os limites máximos de endividamento também são aplicáveis para estabelecimentos permanentes.

Por outro lado, ao apresentar os limites de financiamento aplicáveis para fins de determinação de despesas financeiras dedutíveis, a legislação brasileira de combate à subcapitalização parece querer expressar que não estão abrangidos por seu controle os estabelecimentos permanentes de matriz estrangeira. Com efeito, os limites máximos de financiamento tomam por base o *patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil*. Confira-se:

i) Em operações com pessoas residentes, domiciliadas ou constituídas em paraíso fiscal ou fruidoras de regime fiscal privilegiado, o limite é 30% do *patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil*.

ii) Em operações com partes vinculadas que não sejam residentes, domiciliadas ou constituídas em paraíso fiscal ou fruidoras de regime fiscal privilegiado, o limite é de 200% (ou duas vezes) o *patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil*.

Em face do exposto, e sendo cediço que os estabelecimentos permanentes não são dotados de personalidade jurídica, a conclusão mais trivial quanto ao tema é de que as regras de subcapitalização não são a eles aplicáveis.

Não obstante, não se pode olvidar o teor do já mencionado artigo 147 do Regulamento do Imposto de Renda, o qual assevera que serão equiparadas a pessoas jurídicas as filiais, sucursais, agências ou representações de pessoas jurídicas com sede no exterior. Nesta seara, o conceito societário de pessoa jurídica também deverá ser abandonado em prol da sistematicidade introduzida pelo legislador tributário, tal como ocorre no âmbito dos preços de transferência.

Isto nos conduz à conclusão de que as regras brasileiras de subcapitalização são, em tese, aplicáveis também ao controle do nível de dotação de capital efetuada pela matriz estrangeira em seu estabelecimento permanente brasileiro. Por conseguinte, as operações financeiras entre ambas as entidades estão, sim, a elas submetidas.

Desta maneira, em princípio está autorizado o controle fiscal do nível de *free capital* de estabelecimentos permanentes mediante a adoção dos parâmetros estipulados pelas regras brasileiras de subcapitalização. Para tais fins, na prática dever-se-á considerar que a participação da matriz estrangeira no patrimônio líquido (ou *free capital*) do estabelecimento permanente brasileiro é de 100%, dessa forma efetuando-se os cálculos devidos.

Em suma, se as operações financeiras realizadas pelo estabelecimento permanente brasileiro, inclusive com sua matriz estrangeira, suplantarem os patamares máximos de endividamento apresentados pelas regras de controle da subcapitalização, impor-se-á ajuste proporcional na respectiva despesa financeira considerada dedutível no Brasil.

V. Conclusão

Objetivou-se nas linhas precedentes a exposição e a análise crítica de questão que vem gerando muita polêmica e discussão em alguns dos países mais evoluídos em termos de tributação internacional: o controle fiscal do *free capital* de estabelecimentos permanentes.

A indagação que esse tema impõe é simples, porém de não tão fácil solução. É sabido que para fins tributários as subsidiárias brasileiras descapitalizadas (ou, num viés mais técnico, com baixo patrimônio líquido) não podem contrair elevados endividamentos com partes vinculadas ou pessoas residentes em paraísos fiscais ou fruidoras de regimes fiscais privilegiados, caso contrário as despesas financeiras serão consideradas indedutíveis. Mas isto também se aplica aos estabelecimentos permanentes brasileiros?

Observam-se no Direito Comparado situações em que as autoridades competentes consideraram que o *free capital* de estabelecimentos permanentes era demasiadamente baixo *vis-à-vis* os empréstimos contraídos com a matriz. Aplicando a máxima de que as transações entre partes vinculadas devem basear-se em parâmetros de mercado e que terceiro independente não concederia vultosos empréstimos para pessoa descapitalizada, Fiscos estrangeiros vêm glosando a dedutibilidade de despesas financeiras contraídas por filiais, sucursais, agências ou representações de pessoas jurídicas não domiciliadas em sua jurisdição.

Cotejando dispositivos de cunho estritamente doméstico e de cunho internacional, buscou-se trazer a lume algumas considerações julgadas importantes no que concerne à análise de se as regras de preços de transferência e de subcapitalização são aplicáveis nesta situação, particularmente no que tange às regras pátrias.

Em face do estudo elaborado, conclui-se que a legislação brasileira não comporta o controle do *free capital* de estabelecimentos permanentes por meio das regras de preços de transferência. No entanto, interpreta-se o teor das regras de subcapitalização brasileiras no sentido de que estabelecimentos permanentes com baixo *free capital* podem ter questionada a dedutibilidade de despesas financeiras decorrentes de endividamentos contraídos com sua matriz estrangeira ou com pessoa residente em paraíso fiscal ou fruidora de regime fiscal privilegiado.