

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

21



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

O que um Acordo de Bitributação entre Brasil e EUA poderia estipular?*

Willard B. Taylor

Professor-ajudante da New York University Law School. Membro do Conselho Norte-americano da International Fiscal Association. Advogado em Nova York (Sullivan & Cromwell LLP).

Resumo

Os EUA atualmente contam com uma rede de 58 acordos bilaterais de bitributação. O Departamento de Tesouro norte-americano edita, desde 1977, um “modelo” de acordo de bitributação, acompanhado por notas de explicação técnica, o qual configura o ponto de partida dos EUA nas negociações de novos acordos. O grande número de acordos de bitributação já firmados pelos EUA e a adoção das premissas do referido “modelo” de acordo tornam a política norte-americana de negociação de acordos relativamente transparente e acessível. Este artigo pretende apresentar breve análise dos principais dispositivos que podem ser esperados em um eventual acordo Brasil-EUA, sob a perspectiva da política norte-americana de negociações de acordos de bitributação.

Abstract

The United States tax treaty network includes bilateral agreements with 58 countries. The U.S. Treasury Department has, since 1977, released a “model” tax treaty, together with a technical explanation, that sets out the U.S.’s starting point for treaty negotiations. With such a large number of tax treaties and with a “model” treaty from which the U.S. starts, U.S. treaty policy is relatively transparent and accessible. This paper aims to briefly discuss the main provisions that might be expected in a U.S.-Brazil double taxation agreement from the viewpoint of U.S. tax treaty policy.

O que investidores brasileiros poderiam esperar se os EUA e o Brasil celebrassem um acordo para evitar a bitributação internacional da renda? A questão é tempestiva em razão do recente acordo de troca de informações tributárias entre Brasil e EUA, o qual ambos os países descreveram como um primeiro passo “para o desenvolvimento de relações bilaterais mais intensas em matéria tributária”¹.

Os Estados Unidos atualmente têm uma rede de 58 acordos de bitributação, compreendendo a maior parte dos países europeus ocidentais e orientais, bem como grandes parceiros comerciais na Ásia e na região do Oceano Pacífico. A celebração de novos acordos, ou de protocolos revisando os acordos existentes, é um evento freqüente - um acordo recente com a Bélgica e protocolos com Dinamarca,

* “What Might an Income Tax Treaty between the U.S. and Brazil Provide?”, traduzido para o português por Flávio Rubinstein, 2007.

¹ Acordo entre o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo da República Federativa do Brasil para a Troca de Informações Fiscais, celebrado em março de 2007.

Finlândia, Alemanha e Suécia atualmente aguardam ratificação pelo Senado norte-americano; um novo protocolo com o Canadá foi firmado há pouco; e entendimentos para a celebração de novos acordos ou protocolos com Bulgária, Hungria e Islândia foram anunciados.

Ademais, o Departamento de Tesouro dos EUA² edita, desde 1977, um “modelo” de acordo de bitributação, acompanhado de explicações técnicas, o qual constitui o ponto de partida dos EUA nas negociações dos acordos. A revisão mais recente deste documento, com a formulação de um novo modelo, data de novembro de 2006. Alguns especialistas expressaram reservas em relação à clareza e complexidade do novo modelo, bem como das explicações técnicas respectivas³; mas, considerando-se o expressivo número de acordos bilaterais e a existência de um “modelo” do qual os EUA partem nas negociações, a política norte-americana de negociação de acordos de bitributação é relativamente transparente e acessível. Não é difícil, portanto, prever o que se pode esperar do lado dos EUA em qualquer negociação de acordos desta natureza.

A política norte-americana de negociação de acordos de bitributação, conforme o modelo de acordo dos EUA demonstra, é fortemente influenciada pela Convenção-Modelo da OCDE⁴ e, conseqüentemente, por acordos celebrados com países industrialmente desenvolvidos. Na estrutura, bem como no conteúdo, os modelos da OCDE e dos EUA são bastante similares - por exemplo, ambos começam com delimitações e definições de escopo, de tributos abrangidos e de conceitos gerais (artigos 1, 2 e 3); definem residência (artigo 4); tratam dos estabelecimentos permanentes e da atribuição respectiva de lucros (artigos 5 e 7); disciplinam a tributação dos rendimentos oriundos de propriedades “imobiliários” (artigo 6) etc. As principais diferenças relacionam-se à insistência dos EUA em: incluir um dispositivo mais amplo de troca de informações, o qual é, em essência, não negociável; adicionar um artigo de limitação de benefícios, também não negociável em princípio; e resguardar o direito de tributar cidadãos norte-americanos, sejam eles residentes ou não, assim como, pelo período de dez anos, os cidadãos norte-americanos expatriados e determinados “residentes de longo prazo”⁵. Também há, é claro, outras diferenças mais sutis.

No momento, a rede de acordos de bitributação dos EUA inclui apenas um país da América Latina, o México. Tem sido noticiado, entretanto, que o Departamento de Tesouro norte-americano acredita estar “próximo” de celebrar um acordo com o Chile, e o recente tratado de troca de informações fiscais com o governo brasileiro sugere que um acordo de bitributação entre EUA e Brasil pode não demorar a ser firmado. Acordos de bitributação foram assinados com o Brasil em 1967 e com a Argentina em 1981, mas nenhum deles foi ratificado pelos EUA, devido a reservas expressadas pelo Senado norte-americano.

² N.T.: órgão do Poder Executivo equivalente ao Ministério da Fazenda brasileiro.

³ Cf., *Tax Section*, New York State Bar Association, “Report on the Model Income Tax Convention Released by the Treasury on November 15, 2006” (11 de abril de 2007).

⁴ Convenção-Modelo para evitar a Bitributação da Renda e do Capital, da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 2005.

⁵ N.T.: Na legislação norte-americana prevêm-se regras específicas de tributação para os chamados “residentes de longo prazo”, indivíduos que legalmente tiveram residência nos EUA por pelo menos 8 dos 15 anos fiscais anteriores ao término do vínculo de residência.

Preocupações do Departamento de Estado dos EUA

Os advogados tributaristas geralmente concentram suas atenções nos dispositivos substantivos dos acordos de bitributação, tais como a mitigação ou eliminação da bitributação, reduzindo expressivas retenções de tributos na fonte ou definindo (mediante a aplicação do artigo sobre estabelecimentos permanentes) se a empresa não residente está ou não desenvolvendo atividades empresariais no outro país. Sob o ponto de vista do Departamento de Tesouro dos EUA, contudo, é igualmente importante que o acordo de bitributação contenha dispositivos de troca de informações, de limitação de benefícios para a prevenção de *treaty shopping* (i.e., a utilização dos acordos por contribuintes de terceiros países) e de procedimentos de solução amigável de disputas entre os Estados-contratantes em matéria tributária.

Outrossim, os acordos de bitributação assinados pelos EUA prevêem a reciprocidade de tratamento - a título de exemplo, eles não reduzem a tributação norte-americana na fonte a menos que haja uma redução recíproca por parte do outro país. Uma das reservas feitas pelo Senado dos EUA em relação ao acordo de bitributação firmado com o Brasil em 1967 foi a de que este acordo, unilateralmente, teria permitido que os investidores norte-americanos obtivessem um crédito tributário relativo aos seus investimentos no Brasil, ao passo que este país não concederia reciprocamente crédito aos brasileiros que investissem nos EUA. Dispositivos de *tax sparing* também levaram o Senado dos EUA a rejeitar acordos de bitributação com Egito e Paquistão. Seria algo inesperado para os EUA a concordância com cláusulas de *tax sparing* ou com acordos que exigissem a isenção de tributação norte-americana relativa a rendimentos auferidos no outro país.

Abrangência dos Acordos de Bitributação Celebrados pelos EUA

Os acordos de bitributação firmados pelos EUA abrangem o imposto de renda federal - eles não abrangem, e provavelmente nunca o farão, impostos estaduais ou municipais sobre a renda⁶. Estes acordos freqüentemente compreendem, também, tributos federais sobre a produção e o consumo de bens específicos (*excise taxes*), como aquele incidente sobre prêmios pagos a seguradoras estrangeiras por contratos de seguro (ou de resseguro) de ativos norte-americanos, muito embora esta não seja uma previsão do modelo de acordo dos EUA.

O que os Investidores Brasileiros podem esperar?

Partindo-se do modelo de acordo de bitributação norte-americano, quais expectativas podem ser mantidas pelos investidores brasileiros no que diz respeito a um eventual acordo com os EUA?

Os acordos de bitributação assinados pelos EUA, via de regra, trazem restrições em relação a como seria a tributação norte-americana na falta de um acordo - eles não criam novas obrigações tributárias para os investidores estrangeiros. Isto é expressamente determinado no modelo de acordo dos EUA, o qual dispõe que “Esta convenção não deve restringir de modo algum qualquer benefício acordado

⁶ N.T.: Nos EUA o imposto sobre a renda não é de competência exclusiva da União, como ocorre no Brasil.

nesta ocasião ou posteriormente... pela legislação de qualquer dos Estados-contratantes...” Assim, a pergunta inicial que deve ser feita previamente à análise de qualquer dispositivo de um dado acordo de bitributação dos EUA versa sobre como a tributação norte-americana seria na ausência do acordo.

Rendimentos de Investimentos, tais como Dividendos, Juros e Royalties

Abordando-se primeiramente os investimentos, ou rendimentos passivos, na falta de um acordo de bitributação os EUA ordinariamente imporiam uma retenção tributária na fonte de 30% sobre o montante bruto de quaisquer dividendos, aluguéis ou royalties oriundos de “fonte” norte-americana e auferidos por investidores brasileiros ou de outros países. Os juros sujeitavam-se a idêntica retenção tributária até 1984, quando se abandonou a retenção tributária na fonte para os juros “de portfólio”. Esta espécie de juros geralmente abrange quaisquer juros que não sejam pagos a acionistas com mais de 10% de participação societária, a bancos - em virtude de contratos de mútuo ou de empréstimos condicionados a transações (*e.g.*, sobre os lucros, fluxo de caixa ou renda do mutuário norte-americano), tampouco a uma pessoa relacionada.

Conforme prevê o modelo de acordo dos EUA, a retenção tributária de 30% na fonte é reduzida a zero para royalties, os quais são amplamente definidos como pagamentos (tanto em contratos de licença quanto em transações de venda condicionada) pelo uso ou pelo direito de usar qualquer forma de propriedade intangível, como uma patente, um direito autoral ou uma fórmula, pouco importando se o direito de propriedade tenha ou não origem em obrigação prevista em lei. A retenção tributária de 30% na fonte sobre juros também é afastada, exceto quando os juros sejam condicionados, como se definiu acima; tal retenção é eliminada, portanto, em juros pagos a um acionista que detenha - direta ou indiretamente - ao menos 10% da sociedade norte-americana, ou a um banco, em decorrência de um contrato de mútuo.

A retenção tributária de 30% na fonte sobre dividendos, em consonância com o modelo de acordo dos EUA, deve ser reduzida a 15% em casos genéricos, a 5% se o beneficiário for uma pessoa que detenha participação societária representativa de pelo menos 10% do poder de voto da sociedade norte-americana, e a zero para dividendos pagos a planos de pensão. Diversos acordos de bitributação mais recentes (incluindo aqueles celebrados com o Reino Unido, a Holanda e a Alemanha) prevêem a redução para zero da alíquota do imposto de renda retido na fonte se os dividendos forem pagos a pessoas detentoras de ao menos 80% do capital da sociedade norte-americana - em outras palavras, dividendos pagos pelas subsidiárias às suas controladoras⁷. A redução da alíquota a zero neste último caso não consta do modelo dos EUA, presumivelmente refletindo a posição das autoridades norte-americanas de que se trata de uma regra “especial”, cuja inclusão deve ser restrita a acordos com países que comprovadamente adotem práticas de troca de informações fiscais.

⁷ Também há regras especiais, geralmente impondo limitações às reduções da tributação na fonte, para dividendos pagos por *trusts* norte-americanos de investimentos imobiliários e por sociedades de investimentos - entes que, via de regra, não se sujeitam ao imposto de renda das pessoas jurídicas nos EUA.

Ganhos de Capital em Investimentos

Na ausência de um acordo de bitributação, um investidor brasileiro ou de outro país somente se sujeitaria à tributação norte-americana sobre ganhos de capital quando alienasse (ou dispusesse de) bens imóveis nos EUA, a menos que estes ganhos estivessem “efetivamente relacionados” a uma atuação comercial ou de negócios neste país. Tendo em vista que os investimentos não configurariam atividades comerciais ou de negócios, em termos práticos, portanto, ganhos auferidos na venda de ações, demais valores mobiliários e commodities não se submeteriam à tributação norte-americana, desde que não se enquadrassem na regra excepcional dos bens imóveis. Ademais, existem normas de *safe harbor* que limitam as circunstâncias na quais um não residente que “negocie” ações, demais valores mobiliários e commodities nos EUA possa ser considerado como condutor de uma atividade comercial ou de negócios em tal país. Os ganhos auferidos na alienação de bens imóveis norte-americanos, amplamente definidos, são tratados como “efetivamente relacionados” a uma atividade comercial ou de negócios nos EUA e, por esta razão, tributados a alíquotas normais.

O modelo de acordo dos EUA não modifica essa situação, mas simplesmente confirma a disciplina tributária prevista no Código do Imposto de Renda deste país (*Internal Revenue Code*), prevendo o direito de tributar ganhos auferidos em vendas e outras operações relativas a bens imóveis norte-americanos. Bens imóveis, para este propósito, são amplamente definidos para compreender terrenos, prédios e direitos de exploração mineral e outros recursos naturais, bem como ações de sociedades norte-americanas que tenham mais de 50% do valor dos ativos atribuíveis a imóveis nos EUA. Aluguéis de bens imóveis ou royalties relativos a petróleo, gás natural e recursos minerais sujeitam-se a uma retenção tributária de 30% na fonte, a menos que o investidor opte por ser considerado como “envolvido em prática de negócios”, caso em que as alíquotas normais aplicam-se, ainda que somente para a renda tributável (ou líquida). O modelo de acordo dos EUA não prevê qualquer modificação a respeito desta matéria.

Rendimentos Ativos

Na falta de um acordo de bitributação, as alíquotas normais da tributação dos EUA aplicam-se a rendimentos oriundos de “fonte” norte-americana, auferidos por investidores brasileiros ou de outros países, quando efetivamente relacionados à condução de atividades comerciais ou de negócios nos EUA, bem como a determinados rendimentos de “fontes” estrangeiras relacionados e atribuíveis a um estabelecimento neste país. Também se prevê uma tributação de 30% sobre os lucros de filiais na apropriação de ganhos auferidos por uma sociedade norte-americana diretamente controlada.

No modelo de acordo dos EUA, os requisitos para a incidência tributária são incrementados - o rendimento precisa ser “atribuível” a um “estabelecimento permanente” nos EUA para que possa ser tributado. Trata-se de limiar mais restrito do que simplesmente estar envolvido em uma atividade comercial ou de negócios nos EUA. A determinação do que seja “atribuível” também invoca regras que diferem daquelas usadas para definir o que se considera como “efetivamente relacionado” - especificamente, a chamada “abordagem autorizada” da OCDE, segundo

a qual o estabelecimento permanente é tratado como uma entidade funcionalmente separada e transações entre filiais são reconhecidas⁸.

A definição de estabelecimento permanente no modelo de acordo dos EUA é praticamente igual àquela prevista no modelo da OCDE: um escritório, uma sucursal ou uma instalação fixa de negócios, mas não uma subsidiária norte-americana de sociedade estrangeira (a não ser que se caracterize como agente dependente), determinadas instalações com propósito específico (*e.g.*, instalações com funções restritas à compra de bens ou a coleta de informações), um agente independente ou canteiro de obras mantido pelo período mínimo de 12 meses.

Tendo em vista que a tributação dos lucros das subsidiárias é uma substituta para a retenção tributária na fonte sobre dividendos pagos por uma subsidiária norte-americana integralmente controlada, os acordos de bitributação dos EUA geralmente reduzem a alíquota da tributação sobre lucros de subsidiárias para 5% e, em casos nos quais dividendos de subsidiárias para controladoras não sejam tributados, para zero.

Rendimentos da Prestação de Serviços por Pessoas Físicas

Os rendimentos auferidos por pessoas físicas não-residentes na prestação de serviços sujeitam-se, via de regra⁹, a tributação nos EUA, com alíquotas normais, desde que tais serviços tenham sido executados neste país. O modelo de acordo dos EUA materialmente modifica tal disciplina, prevendo que os referidos rendimentos são isentos da tributação norte-americana, exceto se o indivíduo permanecer nos EUA por mais de 183 dias durante o ano ou se a remuneração for paga por um residente dos EUA ou suportada por um estabelecimento permanente norte-americano.

Remunerações por serviços “independentes”, *i.e.*, serviços que não sejam prestados na condição de empregado, deixaram de ser disciplinadas por um artigo separado nos modelos dos EUA e da OCDE; atualmente tais rendimentos são considerados como “lucros de atividade de negócios”, que são tributáveis somente quando atribuíveis a um escritório nos EUA ou a outra base fixa compreendida no âmbito do artigo de estabelecimentos permanentes.

Limitações dos Benefícios do Acordo

Existem basicamente três limitações para a disponibilidade de benefícios dos acordos de bitributação em relação a rendimentos norte-americanos auferidos por estrangeiros. Primeiramente, a pessoa reivindicando os benefícios deve ser “residente” do outro Estado-contratante, em conformidade com o sentido dado pelo acordo a este termo. Uma segunda limitação é a de que, à luz do modelo de acordo e da legislação interna dos EUA, o rendimento para o qual se buscam os benefícios de um dado acordo, se obtido por meio de uma entidade “transparente” para fins fiscais, tal como uma *partnership*, deva ser tratado (e, portanto, tributado) pela legislação do outro Estado-contratante como rendimento de pessoa residente. Já a terceira limitação, prevista no modelo dos EUA e em quase todos os acordos de

⁸ Cabe notar que regras especiais aplicam-se à determinação das despesas de juros.

⁹ Essa é uma exceção *de minimus*.

bitributação celebrados por este país, determina que o residente reivindicando benefícios do acordo seja uma “pessoa legitimada” no contexto do significado conferido pelo artigo de limitação de benefícios¹⁰.

O artigo de limitação de benefícios, que é um elemento essencial e não-negociável dos acordos de bitributação dos EUA, é amplamente relevante para as sociedades estrangeiras - por exemplo, para determinar quando as reduções ou eliminações da retenção de tributos na fonte sobre dividendos e juros estarão disponíveis para tais sociedades. Em linhas bastante gerais, uma sociedade estará legitimada a reivindicar os benefícios se a principal classe de suas ações for regularmente negociada em bolsas de valores do outro Estado-contratante ou dos EUA e, caso esta negociação regular ocorra somente nos EUA, e não no outro país, se o lugar de direção e controle principal da empresa for neste outro país. A legitimação também se estende a sociedades de capital fechado, desde que: no mínimo 50% do poder de voto e do valor das respectivas ações sejam de propriedade de residentes do outro Estado e que menos de 50% do faturamento bruto seja distribuído na forma de pagamentos dedutíveis (*e.g.*, como juros) para pessoas não-residentes dos EUA ou do outro Estado; ou se no mínimo 50% do poder de voto e do valor das ações da sociedade sejam de titularidade de cinco ou menos pessoas jurídicas legitimadas segundo as regras legais de sociedades de capital aberto ou fechado. Também se permite que os benefícios do acordo sejam permitidos nos casos de determinados rendimentos de sociedades que não passam nestes testes, se estes rendimentos forem auferidos “em conexão com” ou sejam “incidentais a” negócios conduzidos no país de residência da sociedade, com relação “substancial” à atividade empresarial nos EUA.

As considerações acima são simplesmente um resumo de algumas disposições que podem ser esperadas de um acordo de bitributação que seja baseado no modelo dos EUA. Este modelo também inclui, conforme se notou, uma ampla previsão de troca de informações fiscais, assim como artigos que: tratam de “outros” rendimentos; (*i.e.*, aqueles não diretamente disciplinados pelos demais dispositivos do acordo); autorizam ajustes na renda e nas deduções de empresas relacionadas, para tratá-las como se elas tivessem transacionado entre si em condições *at arm's length*; prevêm procedimentos para que as autoridades competentes solucionem casos em que um dos Estados-contratantes tenha estipulado obrigações tributárias incompatíveis com os termos do acordo; e eliminam certas hipóteses de tributação discriminatória. A arbitragem obrigatória de disputas entre as autoridades fiscais dos Estados-contratantes não está contemplada pelo modelo de acordo norte-americano, mas tem sido incluída em acordos recentes firmados pelos EUA. Por fim, mencione-se que também há uma série de regras especiais - para rendimentos oriundos da operação de embarcações e aeronaves, para pensões e rendimentos de fundos de pensão, para remunerações de diretores e para rendimentos de artistas, desportistas, prestadores de funções públicas, estudantes e *trainees*.

¹⁰ Há no Direito doméstico dos EUA, também, regulamentos que negam benefícios de acordos de bitributação a determinadas estruturas “conduítes” de financiamento (*conduit financing arrangements*).