

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

26



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

A Tributação Internacional de Fundo de Comércio e Outros Ativos Intangíveis*

Willard B. Taylor

Professor Adjunto da Faculdade de Direito na Universidade de Nova Iorque.

Resumo

O autor traz este artigo com o intuito de analisar a tributação internacional dos fundos de comércio e outros ativos intangíveis. Procura, inicialmente, definir o que seria um intangível. Revela o crescimento da figura dos intangíveis e de seu papel para a tributação internacional. Explora, afinal, os reflexos da tributação dessa riqueza perante os tratados internacionais para evitar a bitributação.

Abstract

The author brings this paper aiming to analyze the international taxation of the goodwill and other intangible assets. He tries initially to find a definition about the intangible asset concept. Reveals the growing of the intangible assets figure and its role for the international taxation. Explores, finally, the reflex of this taxation for the international tax conventions to avoid double taxation.

O que são ativos intangíveis e por que sua tributação é importante?

Os ativos intangíveis são, com frequência, divididos entre os que, a exemplo de patentes ou marcas, são detidos ou controlados e podem ser separadamente transferidos pelo proprietário ou controladora, de um lado; e, por outro lado, ativos “residuais”, tais como fundo de comércio ou valor de empresa em atividade, que de ordinário podem ser transferidos apenas como parte de negócio como um todo. Existem também passivos ou responsabilidades intangíveis que podem ser separadamente transferidos ou assumidos - por exemplo, o risco do mercado de as vendas ficarem abaixo da meta, ou o risco financeiro de um cliente incorrer em inadimplimento de pagamento ou de um produto coberto por garantia ser defeituoso. Os passivos intangíveis são importantes nas chamadas “reestruturações de negócio”¹ e podem suscitar a questão de se a capacidade de atribuir passivos intangíveis separadamente afeta a noção segundo a qual os ativos intangíveis “residuais” não podem ser transferidos separadamente e, assim, são diferentes dos ativos intangíveis não “residuais”.

* Tradução de Célia Korn.

¹ Cf. OCDE. Transfer pricing aspects of business restructurings. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Cap. 9. 22 de julho de 2011; Joint Committee on Taxation. *Business Restructuring. Present law and background related to possible income shifting and transfer pricing*. JCX-37-10. 20 de julho de 2010. Cap. 1. p. 11-17.

A tributação internacional de ativos intangíveis é importante em razão do imenso crescimento tanto do comércio multinacional quanto do percentual de ativos de negócio representado por ativos intangíveis. É esta, em essência, a razão do projeto do comitê fiscal da OCDE sobre ativos intangíveis anunciado em dezembro de 2010.² Ademais, a tributação de ativos intangíveis é importante porque as normas e definições estão sempre se modificando - o que é refletido, por exemplo, no projeto de ativos intangíveis da OCDE, as revisões contínuas dos regulamentos de preço de transferência norte-americanos, propostas do legislativo e decisões judiciais. Uma das incertezas, mencionadas acima e discutidas abaixo, é como tratar as chamadas "reestruturações de negócio". E, finalmente, a tributação de ativos intangíveis é importante em razão da crescente extensão em que os empreendimentos multinacionais intencionalmente transferem ativos e passivos intangíveis a países com impostos baixos ou inexistentes, isto é, países nos quais a alíquota é bem mais baixa do que no país natal ou no país de uso ou exploração.

I. Ativos Intangíveis Transferíveis Separadamente

O enfoque do imposto internacional é, historicamente, o primeiro grupo de ativos intangíveis - ou seja, os que são detidos ou controlados e podem ser separadamente licenciados ou transferidos. A análise tradicional formula as questões fiscais, em primeiro lugar, identificando o país com competência para tributar o lucro; a seguir, no caso de licença, se os *royalties* gerados no país de uso ou exploração serão ou não dedutíveis pelo pagador e serão ou não isentos de imposto retido na fonte no país do usuário; e, finalmente, se as partes da operação forem relacionadas, que normas se aplicam à determinação de que o lucro ou deduções de cada parte são ou não adequados.

Em tratados tributários firmados pelos Estados Unidos e outros países da OCDE, foi há muito estabelecido que a receita da licença de ativo intangível é tributada no país de residência do detentor do ativo intangível; que os *royalties* pagos por seu uso ou exploração por residente de outro país são normalmente dedutíveis pelo usuário; que não incide imposto retido na fonte sobre o pagamento de *royalties*; e que o padrão "em termos estritamente comerciais" é utilizado para determinar se o valor dos *royalties* é ou não adequado. Mais especificamente, nos termos das atuais normas dos Estados Unidos e outros países da OCDE, a receita de ativo intangível é tributada ao detentor ou pessoa controladora do ativo intangível - trata-se de receita de "carteira", não de "negócio" para fins dos impostos cobrados pelo país de uso ou exploração. A Competência de tributar é dada ao país de residência do detentor segundo o artigo 12 do Tratado Modelo da OCDE,³ que prevê que a receita relativa ao uso de ativo intangível é isenta de imposto retido na

² Como projeto para 2011, Submissões em resposta a solicitação de comentários estão disponíveis no *site* da OCDE. Documento de *scoping*, também disponível no referido *site*, foi liberado em janeiro de 2011, depois de reuniões com os comentaristas.

³ Para que a isenção prevista no artigo 12 se aplique, o receptor da receita deve ser o dono "beneficiário" e, em tratados norte-americanos, há complementação por meio da limitação dos artigos de benefício, por normas de financiamento "canal", e por normas relativas a pagamentos efetuados a entidades híbridas.

fonte no país fonte (que, no caso dos Estados Unidos seria, por outra forma, 30%) caso o detentor seja residente em outro país.⁴ Embora o Tratado Modelo da OCDE não preveja expressamente que os *royalties* relativos a licença são dedutíveis no país fonte, prevê (no artigo 24(4), relativo a não discriminação) que eles são dedutíveis caso seja permitida dedução em relação a pagamento a residente no estado fonte.

O fato de essas normas básicas - atribuindo jurisdição fiscal exclusiva ao país do detentor e apresentando a noção de que operações entre partes relacionadas podem ser realmente realizadas em termos estritamente comerciais - serem ou não obsoletas constitui questão central.⁵ Alguns consideram a capacidade de empreendimentos multinacionais de transferir a propriedade ou controle de ativos intangíveis a países com imposto baixo ou inexistente prova de que as normas são inadequadas. Mesmo que uma licença seja em termos estritamente comerciais, por exemplo, a atribuição de jurisdição fiscal exclusiva ao país do detentor do ativo intangível não permite a "separação" ou "troca" da receita, potencialmente a país com imposto baixo ou inexistente?

A. Artigos 9 e 12 do Tratado Modelo da OCDE

O artigo 12 não se aplica a todos os pagamentos relativos ao uso de ativos intangíveis - apenas aos efetuados pelo uso de ativos intangíveis especificados,⁶ e, assim, não trataria de pagamentos de direitos de distribuição, desenvolvimento de projetos que ainda não existem, ou serviços. Há várias questões em andamento nos termos do artigo 12 - por exemplo, o tratamento de endosso e taxas similares a atletas e artistas - os pagamentos se referem a serviços ou uso do bem? E *software*? Ademais, o artigo 12 não consta em todos os tratados norte-americanos e de outros condados membros da OCDE - por exemplo, o tratado Estados Unidos-Índia permite imposto retido na fonte de 15-20% sobre *royalties* e "taxas de serviços incluídos", e o tratado Estados Unidos-Canadá permite imposto retido na fonte de 10% e exclui totalmente pagamentos referentes a filmes e reproduções usadas na televisão.

Caso o detentor e o usuário de ativo intangível transferível sejam relacionados (ou "associados") e residam em países diferentes, existe uma questão de preço de transferência. A remuneração do detentor é muito pequena? Ou muito grande? As diretrizes de preço de transferência da OCDE⁷ e os regulamentos de preço de transferência norte-americanos⁸ têm usado continuamente o padrão estritamente comercial na determinação da maneira pela qual a receita é dividida - especifica-

⁴ A receita que ficar fora do artigo 12 seria tratada no Tratado Modelo da OCDE pelos artigos de estabelecimento permanente (artigos 5 e 7), pelo artigo sobre ganhos de capital (artigo 13) ou, no caso de atletas e artistas, pelo artigo sobre tratado separado aplicável à sua remuneração (artigo 17).

⁵ Veja, por exemplo, GRAETZ. *Taxing international income: inadequate principles, outdated concepts, and unsatisfactory policies. Tax Law Ver v.* 54, n. 261, 2001, p. 315 ("III. Outdated Concepts").

⁶ Pagamentos relativos ao "... uso ou ao direito de uso de quaisquer direitos autorais de trabalho literário, artístico ou científico incluem filmes cinematográficos, qualquer patente, marca, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secreto, ou informações relativas a experiência científica ou comerciais industriais".

⁷ OCDE. *Op. cit.*, p. 11-17.

⁸ Nos termos ao artigo 482 do Código Tributário.

mente, o padrão de "contribuinte que trata em termos estritamente comerciais com contribuinte não controlado", e, dessa forma, reiteradamente rejeitaram a fórmula de alocação, que integra também os tratados dos Estados Unidos e da OCDE.⁹ Contudo, a ausência de fatores comparáveis constitui problema sério para a aplicação do padrão de termos estritamente comerciais, em particular em razão da assimetria entre o conhecimento dos fatos pelo contribuinte e pela Administração Tributária; e a ênfase crescente nos métodos de "divisão do lucro" pode indicar movimento gradual em direção a algo como a fórmula de alocação. Em método de divisão de lucro, a alocação de lucro ou prejuízo combinado toma por base o valor relativo das contribuições das partes em relação ao lucro ou prejuízo depois, no caso do método de divisão do lucro "residual", com dedução (e alocação) de retornos de mercado a contribuições "rotineiras".¹⁰

E na hipótese de as autoridades fiscais de um estado ajustarem os *royalties* ou outra remuneração paga por um ativo intangível? O artigo 9 do Tratado Modelo da OCDE e as disposições correspondentes de tratados norte-americanos permitem que as autoridades fiscais ajustem lucros - para "lançar novamente as contas dos empreendimentos" - caso as operações não sejam realizadas em termos estritamente comerciais. Dessa forma, os regulamentos de preço de transferência norte-americanos, bem como as disposições previstas pelas diretrizes de preço de transferência da OCDE, são compatíveis com obrigações de tratado. Se houver ajuste por um estado e isso acarretar bitributação, o outro estado deverá efetuar ajuste adequado, contudo, precisará fazê-lo somente se concordar com o ajuste. Se não concordar, o único recurso é o acordo mútuo ou disposição de autoridade competente do tratado.¹¹

B. Regulamentos de preço de transferência norte-americanos

Os regulamentos de preço de transferência norte-americanos incluem definição ampla de ativos intangíveis - além de patentes, direitos autorais, marcas e similares, ativos intangíveis incluem métodos, programas, sistemas, procedimentos, estudos e "outros itens similares", mas apenas se o item tiver valor significativo independente dos serviços de pessoas físicas.¹² Não fica claro se os ativos intangíveis, no contexto do preço de transferência, incluem ativos intangíveis residuais como fundo de comércio, valor de empresa em atividade ou mão de obra existen-

⁹ Por exemplo, o artigo 9 do Tratado Modelo da OCDE, que autoriza ajustes caso "sejam feitas ou impostas condições entre os dois empreendimentos quanto a seu relacionamento comercial ou financeiro que difiram das que seriam feitas entre empreendimentos independentes" e especifica que os ajustes devem refletir os "lucros que teriam, exceto por essas condições, acumulado...". E o artigo 12(4) limita a isenção do imposto do país fonte ao valor obtido em condições estritamente comerciais.

¹⁰ Regs. §§ 1.482-6 e -6T.

¹¹ O artigo 25, no caso do Tratado Modelo da OCDE, que prevê arbitragem caso as autoridades competentes não solucionem a controvérsia. Tratados norte-americanos mais recentes também incluem em geral cláusulas compromissórias.

¹² Regs. § 1.482-4(b), que, em geral, compara a definição do artigo 936(h)(3). Os serviços são tratados separadamente por regulamentos de serviço "controlados" que têm seus próprios "métodos" de determinação do que geralmente é feito em bases estritamente comerciais, com exceção de serviços de rotina, que rejeitam o método de custo adicional.

te,¹³ ou ativos intangíveis transferíveis como “oportunidade de negócio”.¹⁴ O detentor de ativo intangível é ordinariamente o proprietário legítimo nos termos da lei local ou contratual, se não for esse o caso, a pessoa com “controle”.¹⁵ Em não havendo operações “suficientemente comparáveis”, os regulamentos utilizam o “melhor” método para determinar o que é comparável - a “medida mais confiável” de resultado obtido em termos estritamente comerciais.¹⁶ Os Regulamentos dispõem sobre acordos de divisão de custo nos quais as partes relacionadas acordam compartilhar com antecedência custos de desenvolvimento de ativos intangíveis¹⁷, assim como os seus benefícios. Além dos regulamentos, os Estados Unidos dispõem de programa de acordo de preço antecipado que busca solucionar a escolha de um método com antecedência. Contudo, os resultados não são públicos (e assim proporcionam até mesmo precedente narrativo).

O Código Tributário norte-americano prevê que os *royalties* podem ser ajustados de forma a serem “correspondentes ao” lucro derivado dos ativos intangíveis¹⁸ - sem dúvida, uma norma retroativa. Contudo, os regulamentos ao amparo da disposição “correspondentes ao lucro” restringem sua abrangência possível com uso de retrospecto para avaliar o preço de transferência inicial (e não comparar o resultado informado do exercício corrente com o que é “correspondente ao lucro”) e por meio da inclusão de limitações a paraísos fiscais e outras limitações que em grande parte anulam seu provável efeito.¹⁹

C. Diretrizes de preço de transferência da OCDE.

A OCDE tem “diretrizes” de preço de transferência - não normas, como tais - relativas a ativos intangíveis. Elas foram revisadas e reeditadas em julho de 2010, mas seguidas pouco depois pelo anúncio de que provavelmente haveria um projeto sobre ativos intangíveis para atualização adicional dessa parte das diretrizes.

Os regulamentos de preço de transferência norte-americanos e as diretrizes de preço de transferência da OCDE coincidem em vários aspectos - por exemplo, no uso do padrão de operações estritamente comerciais, na ênfase em achar operações comparáveis, nos métodos permitidos. Os Estados Unidos diriam ser, nesse

¹³ Os regulamentos ao amparo do artigo 936 os incluem como “similares” aos itens especificados.

¹⁴ Veja, por exemplo, *Hospital Corporation of America v. Comm’r*, 81 T.C. 520 (1983) (que, sem dúvida, exclui oportunidades de negócio da definição de ativos intangíveis). Veja também *United Parcel Service of America v. Comm’r*, 254 F. 3º 1014 (11º Cir. 2001).

¹⁵ Regs. 1.482-1(f)(3).

¹⁶ Os métodos são os métodos de operação não controlada comparável, lucros comparáveis, divisão de lucro e um método “não especificado” - método não listado, mas que proporciona a medida mais confiável.

¹⁷ Regs. 1.482-7T.

¹⁸ O artigo 482 que prevê que “[n]o caso de qualquer transferência (ou licença) de bem intangível... o lucro relativo à transferência ou licença será correspondente ao lucro atribuído ao ativo intangível”.

¹⁹ Os Regs. § 1.482-1(f)(2), que, entre outras coisas, têm disposição de paraíso fiscal se os lucros ou economias de custo não forem inferiores a 80% ou superiores a 120% da previsão razoável quando da celebração do contrato, com exceção adicional se o não atendimento da disposição de paraíso fiscal for atribuído a “eventos extraordinários” e com a aprovação total da norma de correspondência com o lucro se a disposição de paraíso fiscal for observada durante cinco anos. Cf. Joint Committee on Taxation. Past and present law: commensurate with income principle. *Present law and background related to possible income shifting and transfer pricing*. JCX-37-10. 20 de julho de 2010. p. 18-20.

aspecto, líderes. Mas há diferenças importantes - por exemplo, nas normas de acordos de compartilhamento de custo (ou, nas diretrizes da OCDE, contribuição de custo), na maior deferência dada pelas diretrizes da OCDE aos termos de contratos entre partes relacionadas, e nas normas separadas da OCDE sobre "reestruturções de negócio".

No caso de ativos intangíveis, as diretrizes existentes da OCDE apresentam definição mais restrita de ativos intangíveis do que os regulamentos norte-americanos, limitando as normas a ativos intangíveis "comerciais" (que são devidos também em ativos intangíveis "para comercialização" e "para negociação").²⁰ Se isso será modificado pelo projeto de ativos intangíveis da OCDE anunciado em 2010 constitui, obviamente, uma questão, mas comentários da comunidade de negócios com relação ao anúncio do projeto em geral expressam a opinião de que a definição não deve ser alterada de forma a incluir ativos intangíveis residuais.

D. Preço de transferência e as normas de tributação de investimento "externo" e "interno"

As normas de preço de transferência de qualquer país precisam ser avaliadas no contexto das normas aplicáveis a investimento "externo" e "interno". Um sistema de isenção, ou territorial, por exemplo, poderá exercer mais pressão sobre o preço de transferência do que sistema no qual o lucro mundial seja atualmente tributado, quer auferido diretamente quer por intermédio de subsidiária estrangeira, e uma empresa residente fica, dessa forma, menos interessada em reduzir impostos estrangeiros.

Se por um lado os Estados Unidos não têm um sistema de isenção (ou territorial), por outro lado não têm sistema mundial, pois não tributam o lucro estrangeiro não distribuído de subsidiária estrangeira ("sociedade anônima estrangeira controlada") a menos que o lucro seja o chamado lucro segundo a "subpart F". A "subpart F" atualmente rege o lucro passivo de imposto de subsidiária estrangeira ("sociedade anônima estrangeira controlada") e, como no caso de dividendo, permite crédito fiscal estrangeiro em relação a impostos de renda estrangeiros associados a lucro. Embora o lucro segundo a "subpart F" inclua *royalties*, há exceções significativas - por exemplo, em relação a *royalties* de negócio ativos, e *royalties* e certos outros pagamentos efetuados pela sociedade anônima estrangeira controlada a outros.²¹ Ademais, o regime optativo (em uma ocasião do fenômeno disseminado de arbitragem fiscal) pode ser usado para criar pagamentos fictícios de *royalties* e juros,²² e as normas norte-americanas relativas a crédito fiscal podem operar de forma a eliminar imposto norte-americano sobre lucro estrangeiro não tributado - em particular, *royalties*. E as despesas e perdas internas podem, com certos limites, ser usadas contra lucro estrangeiro. Um dividendo que inclua "investimentos" em "bem norte-americano", tais como empréstimos à controladora norte-americana,

²⁰ OCDE. Special considerations for intangible property. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Cap. 6. 22 de julho de 2011.

²¹ Artigos 954(c)(2)(A) e 954(c)(3) do Código Tributário.

²² Por exemplo, *royalties* pagos por entidade desconsiderada nos EUA, mas não no local de sua constituição, à sua controladora estrangeira da controlada poderia criar dedução no país fonte sem lucro correspondente para a controlada estrangeira.

seria lucro à controladora norte-americana, com crédito fiscal estrangeiro de impostos de renda estrangeiros sobre os ganhos repatriados. Contudo, houve repatriamentos “indiretos” - por exemplo, o uso de caixa na compra de ações da controladora norte-americana para uso em uma aquisição - que evitaram as normas de repatriamento.

Assim, a “subpart F” e demais normas norte-americanas relativas às normas de tributação de lucro estrangeiro não apoiam as normas de preço de transferência, o que levou alguns a dizerem que o atual sistema norte-americano é mais parcial em relação a empresas multinacionais do que um sistema de isenção, ou territorial, no qual o lucro de negócio estrangeiro ativo, inclusive dividendos de subsidiárias estrangeiras pagos com utilização do lucro estariam isentos, contudo, não seria permitida dedução em relação a perdas ou despesas estrangeiras relacionadas a lucro estrangeiro isento, e os *royalties* estrangeiros e outro lucro passivo seriam atualmente tributados.²³ Assim, pelo menos nos Estados Unidos, existe um aparente consenso de que o preço de transferência, “subpart F” e as normas de crédito fiscal estrangeiro são, do ponto de vista da Administração Tributária, “quebradas”. Sendo assim, esta falha é mais relevante em relação a intangíveis - devido à sua mobilidade, à dificuldade, sob o princípio do “arm’s length”, de encontrar comparáveis, à assimetria de conhecimento dos fatos pelos contribuintes e pela Administração Tributária, e “falta de definições e regras claras. Em conjunto com a “separação” ou “mudança” de lucro por intermédio de pagamentos dedutíveis de juros e *royalties* ou serviços executados no exterior, isso levou ao acúmulo de enorme volume de dinheiro isento de impostos em subsidiárias estrangeiras de empresas norte-americanas com imposto baixo ou inexistente - mais de \$ 1 trilhão. O resultado é o chamado efeito de “bloqueio”, no qual o dinheiro das empresas norte-americanas é mantido somente em subsidiárias estrangeiras, pois seu repatriamento seria muito dispendioso.

No caso de investimento “interno”, os Estados Unidos, como a maioria dos países da OCDE, cobram imposto normal sobre o lucro de negócio do investidor estrangeiro (e também imposto de lucro de filial, à alíquota aplicável a dividendos, se o investidor for sociedade anônima estrangeira) e imposto retido na fonte sobre o lucro de carteira de fonte norte-americana, como *royalties* e dividendos.²⁴ Há, estranhamente, foco bem menor no efeito do preço de transferência sobre investimento “interno” por empresas estrangeiras, apesar de nesse caso não haver normas da “subpart F” ou outras normas de “respaldo” do preço de transferência; e há indícios de que multinacionais estrangeiras usam preço de transferência, separação ou troca de lucro, e outras estratégias para eliminar imposto norte-americano da mesma forma que multinacionais norte-americanas buscam reduzir impos-

²³ Vide, por exemplo, FLEMING, J. Clifton; PERONI, Robert Jr.; e SHAY, Stephen E. Worse than exemption. *Emory Law Journal*, 2009, p. 80-150. Mais recentemente: KLEINBARD, Edward D. Stateless income. *USC Legal Studies Research Paper*, v. 11, n. 6, 2011. Id. The lessons of the stateless income. *USC Legal Studies Research Paper*, v. 11, n. 7, 2011.

²⁴ Os juros, que não juro pago à pessoa estrangeira relacionada, são em geral isentos de imposto retido na fonte (como juros de “carteira”) e, no caso de juro pago a pessoa estrangeira relacionada, em geral é isento caso se aplique tratado tributário.

to estrangeiro. Os Estados Unidos têm normas para limitar a dedução referente a juro pago a pessoa estrangeira relacionada, ou incidente sobre empréstimo garantido por pessoa estrangeira relacionada,²⁵ e no futuro poderá haver normas sobre prêmios de resseguro pagos a resseguradoras estrangeiras relacionadas, contudo, se as limitações à dedução de juros de parte relacionada são ou não eficazes é uma questão aberta.²⁶

II. Fundo de Comércio e Outros Ativos Intangíveis “Residuais”

E o segundo grupo de ativos intangíveis - ativos “residuais”, tais como fundo de comércio, mão de obra existente e valor de empresa em atividade que em geral podem ser transferidos apenas como parte de um negócio como um todo? O artigo 12 do Tratado Modelo da OCDE parece não dispor sobre fundo de comércio, valor de empresa em atividade, mão de obra existente etc. - ou seja, ativos intangíveis que em geral não podem ser transferidos, salvo como parte de um negócio como um todo. A definição de ativos intangíveis nas diretrizes de preço de transferência da OCDE parecem excluí-los da definição de ativos intangíveis para esse fim como ativos intangíveis “comerciais”.

Nos Estados Unidos, o ganho é reconhecido como ganho quando a propriedade do negócio de empresa norte-americana é transferida à empresa estrangeira em “reorganização” isenta de imposto ou por outra forma salvo na medida em que, em operação por outra forma isenta de imposto, os ativos, inclusive ativos intangíveis residuais, como fundo de comércio e valor de empresa em atividade, são usados na condução ativa de negócio fora dos EUA.²⁷ Se a transferência for efetuada a pessoa não relacionada, o ganho é reconhecido em relação a outros ativos intangíveis (ou não residuais), tais como patentes, marcas e direitos autorais; se a transferência for a pessoa relacionada, esses ativos intangíveis são havidos por licenciados a receber *royalties* “correspondentes” ao lucro do ativo intangível. Da mesma forma, transferências de ativos intangíveis por empresas estrangeiras que são “sucessoras” em certas operações de expatriação resultam no reconhecimento de ganho ou lucro - ou seja, operações nas quais os ex-acionistas da empresa norte-americana detêm 60% ou mais do valor da empresa estrangeira expatriada.²⁸

De que forma os tratados de imposto de renda se ajustam a essas normas? Os tratados norte-americanos, como o Modelo da OCDE, em geral não restringem a “subpart F” e normas similares que atualmente tributam imposto de renda de empresas estrangeiras a seus acionistas, ou as normas que requerem o reconhecimento de ganho ou lucro em transferências de bem intangível ao exterior.²⁹

²⁵ As regras de separação de ganhos do artigo 163(j).

²⁶ Vide Department of Treasury, *Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing e U.S. Income Tax Treaties*, 28 de novembro de 2007.

²⁷ Regs. §§ 1.367(a)-1T(b), -1T(d)(5), -2T.

²⁸ Artigo 7.874(a)(1) do Código Tributário, relativo a ganho com inversão. Se os ex-acionistas detivessem 80% ou mais em valor, a operação seria totalmente desconsiderada, isto é, a empresa estrangeira seria tratada como empresa norte-americana.

²⁹ Artigo 13 do Tratado Modelo da OCDE.

Reestruturações de Negócio

E as chamadas “reestruturações de negócio”? Implicam transferência ou ativos intangíveis residuais, como fundo de comércio?

Nessas operações, os passivos ou outras responsabilidades financeiros “intangíveis” do empreendimento são assumidos por pessoa estrangeira relacionada³⁰ e os pagamentos ao empreendimento por sua atuação são reduzidos de forma correspondente. Por exemplo, um empreendimento industrial independente pode ter suas responsabilidades retiradas e seu lucro reduzido de forma correspondente (de modo que se torne fabricante ou distribuidor “por contrato”). Deve haver ajuste de preço de transferência ou alienação tributável de fundo de comércio, contanto que cada operação seja realizada em termos estritamente comerciais - isto é, contanto que o valor dos passivos assumidos compense a redução da rentabilidade da subsidiária industrial norte-americana? Se todas as responsabilidades e funções de uma entidade - de estoque, financeiras, e assim por diante - forem transferidas, o que de fato ocorre com o fundo de comércio ou valor de empresa em atividade existentes antes da reestruturação?

As diretrizes de preço de transferência da OCDE, ao serem reeditadas em 2010, incluíram um capítulo sobre reestruturações de negócio e, em grau surpreendente, pareciam aceitar a visão de que a reestruturação de negócio deveria ser tratada exatamente como qualquer outra operação de preço de transferência e cada etapa analisada nesta base.³¹ Os Estados Unidos não têm norma específica sobre reestruturações de negócio, mas o foco e o interesse nessas operações são cada vez maiores.³²

III. Qual é a Solução? O que poderia acontecer?

Dado o grande número de tratados tributários que incorporam conceitos básicos, como o padrão de operações em termos estritamente comerciais, para determinar o preço de transferência correto ou a cessão ao país de residência do detentor de jurisdição para tributar lucro intangível, não é plausível pensar que essas normas serão alteradas em seus fundamentos. Tampouco é realista esperar uma revisão por atacado das diretrizes de preço de transferência da OCDE ou dos regulamentos de preço de transferência norte-americanos. Se houver alteração das normas de tributação de ativos intangíveis, é bem mais provável que ocorrerá nas normas internas de cada país relativas à tributação de investimento externo e interno.

Pelo menos nos Estados Unidos, os que pensam que o sistema de preço de transferência está “quebrado” insistiriam em uma reforma fundamental do sistema norte-americano de tributação de lucro estrangeiro - por exemplo, que os Estados Unidos adotem sistema de isenção (ou territorial), mas não permitam dedu-

³⁰ Por exemplo, riscos de taxa de câmbio, estoque, garantia ou distribuição; e funções como políticas de análise do desempenho de vendas, fixação de preços e outras políticas, e estabelecimento de estratégias de vendas. Vide: OCDE. *Op. cit.*, Cap. 9.

³¹ Declara, por exemplo, que “um empreendimento independente não recebe necessariamente remuneração quando uma alteração de seus acordos de negócio resultam em redução de seu potencial de lucro ou lucros previstos”.

³² Vide: Joint Committee on Taxation. *Op. cit.*, p. 11-17.

ções atribuídas a lucro estrangeiro contra o lucro interno; e que no atual momento tributem, por meio de crédito fiscal estrangeiro, o lucro estrangeiro passivo, inclusive *royalties*; ou que adotem um verdadeiro sistema mundial, isto é, não excluam do imposto atual qualquer lucro de subsidiária estrangeira.³³ Soluções mais modestas seriam tornar significativamente mais rigorosas as atuais normas da “subpart F” e crédito fiscal estrangeiro e alterar as normas de preço de transferência (inclusive adotar métodos de divisão de lucro).³⁴

Propostas do atual governo norte-americano

As propostas relativas à receita para o exercício de 2012 do governo dos Estados Unidos preservariam o atual sistema de tributação, mas restringiriam significativamente a capacidade das empresas norte-americanas de deslocar ativos intangíveis ao exterior e evitar o atual imposto.³⁵ Especificamente, as propostas atualmente tributariam, nos termos da “subpart F”, o “lucro excedente” de empresa estrangeira controlada sujeita a baixos impostos sobre ativos intangíveis transferidos direta ou indiretamente por pessoa norte-americana relacionada. O “lucro excedente” seria o lucro líquido mais remarcação percentual. As transferências incluiriam transferências de acordos de compartilhamento de custo e também licenças. As propostas também “esclarecem” que, para todos os fins, os ativos intangíveis incluem mão de obra existente, fundo de comércio e valor de empresa em atividade. O valor poderá tomar por base os preços ou lucros que seriam realizados em alternativa realista à operação controlada. Contudo, as propostas mais significativas, em termos de receita de imposto adicional em geral se relacionam à tributação de lucro estrangeiro - ou seja, uma proposta de diferimento da dedução referente a despesas de juros incorridas internamente atribuídas a lucro estrangeiro isento de impostos e apuração do crédito fiscal estrangeiro em bases de agregação.

No caso de investimento interno, as propostas do governo limitariam ainda mais a dedutibilidade de despesa de juros de parte relacionada, contudo, somente no caso de entidades expatriadas, isto é, empresas antigamente constituídas nos Estados Unidos. Também desaprovavam dedução relativa a certos prêmios de resseguro isentos de impostos pagos a afiliadas estrangeiras da companhia que contratar o seguro ou resseguro.

³³ Por exemplo, KLEINBARD, Edward D. Op. cit., v. 11, n. 7.

³⁴ Por exemplo, DURST, Michael C. The two worlds of transfer pricing policymaking. *Tax notes today*. 25 de janeiro de 2011.

³⁵ Vide Department of the Treasury. *General explanations of the administration's fiscal year 2012 revenue proposals*. Fevereiro de 2011. p. 39-49; e Staff of the Joint Committee on Taxation. *Other revenue changes and loophole closers. Description of Revenue Provisions contained in the President's Fiscal Year 2012 Budget Proposal*. Washington: U.S. Government Printing Office, junho de 2011. p. 161-273. (JCS-3-11). Part V.C: Reform of the U.S. International Tax System.