

BEPS – Instrumentos Híbridos

VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional



BEPS – Contexto

▶ **Perspectiva Internacional**

- ▶ No presente cenário de globalização socioeconômica, as entidades multinacionais encontram espaços e oportunidades nos diferentes sistemas tributários para reduzir suas bases tributáveis
 - Legislações domésticas não são aptas a coibir tais comportamentos
 - Convenção modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ainda traz conceitos da década de 20, que acabam por permitir as referidas arbitragens em matéria fiscal

▶ **Perspectiva Brasileira**

- ▶ Projeto BEPS é patrocinado pela OCDE e pelo Grupo dos 20 (G20)
 - Brasil não é membro da OCDE, mas integra o G20. Além disso, o país participa do Fórum Global criado por tais entidades (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), sendo membro do “Steering Group”
- ▶ Legislação local: novas regras de tributação corporativa introduzidas pela Lei nº 12.973/14

BEPS – Plano de Ações

▶ 15 ações fundamentais

- ▶ 1 - Abordar os desafios fiscais da economia digital (considerando tanto a tributação direta quanto indireta)
- ▶ 2 - NEUTRALIZAR OS EFEITOS DAS QUALIFICAÇÕES HÍBRIDAS (HIBRID MISMATCHES)
- ▶ 3 - Reforçar as normas relativas às CFCs
- ▶ 4 - Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras
- ▶ 5 - Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, levando em consideração a transparência e a substância
- ▶ 6 - Prevenir a utilização abusiva de convenções em matéria tributária
- ▶ 7 - Prevenir que o status de estabelecimento permanente seja artificialmente evitado
- ▶ 8, 9 e 10 - Garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor
- ▶ 11 - Estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los
- ▶ 12 - Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo
- ▶ 13 - Re-examinar a documentação de preços de transferência
- ▶ 14 - Tornar mais efetivos os instrumentos de resolução das disputas (MAP)
- ▶ 15 - Desenvolver um instrumento multilateral que viabilize e fortaleça o plano de ações

BEPS – Plano de ações

- ▶ **2ª Ação: Neutralizar os efeitos das qualificações híbridas (hibrid mismatches)**
 - ▶ **Problema:** qualificação híbrida (*hibrid mismatches*) decorrem, em linhas gerais, dos diferentes tratamentos dados ao mesmo fenômeno por jurisdições distintas, resultando em cenários de dupla tributação ou de dupla não-tributação (ou dedução)
 - ▶ Dois são os elementos que, fundamentalmente, podem dar ensejo a qualificações híbridas
 - **Instrumentos híbridos** podem ser observados de maneira distinta pelas jurisdições envolvidas (e.g. dívida vs. capital)
 - **Entidades híbridas** podem ser consideradas opacas por uma jurisdição e transparentes por outra

BEPS – Plano de ações

▶ 2ª Ação: Neutralizar os efeitos das qualificações híbridas (hibrid mismatches)

▶ **Proposta BEPS:** desenvolver disposições modelo para convenções para evitar a dupla tributação e recomendações relativas à elaboração de normas nacionais para neutralizar os efeitos (ex.: dupla não tributação, dupla dedução, diferimento dos impostos em longo prazo) dos instrumentos e entidades híbridos

▶ **Potenciais consequências práticas da ação BEPS:**

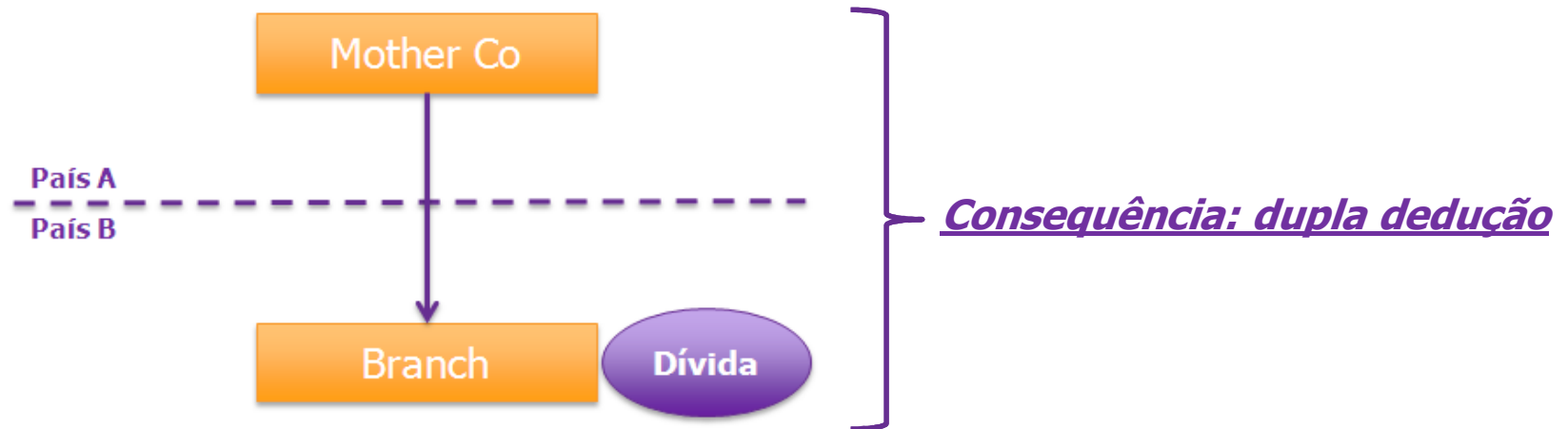
1. Mudanças no Modelo de Convenção Tributária da OCDE, de forma a assegurar que os instrumentos e entidades híbridos (assim como as entidades residentes em dois países) não sejam utilizados para obter benefícios indevidos através de tais acordos
2. Introdução de disposições legais nacionais que impeçam a isenção ou a não contabilização pelo beneficiário de pagamentos que sejam dedutíveis pelo pagador
3. Introdução de disposições legais nacionais que vedem a dedução de um pagamento que não seja incluído no cálculo dos rendimentos do seu beneficiário
4. Introdução de disposições legais nacionais que vedem a dedução de pagamentos que sejam igualmente dedutível em outra jurisdição
5. Elaboração de orientações sobre coordenação ou critérios de desempate e harmonização, caso mais de um país procure aplicar tais normas a uma transação ou a uma estrutura

▶ **Resultados até o momento:** *Deliverable* publicado em setembro de 2014, trazendo como proposta recomendações e orientações para neutralizar os efeitos dos problemas de qualificação híbrida

- **Parte I** – recomendações voltadas às regras locais (de forma genérica, sem considerar as particularidades de cada jurisdição)
- **Parte II** – recomendações com relação à Convenção Modelo da OCDE

BEPS – Qualificação Híbrida

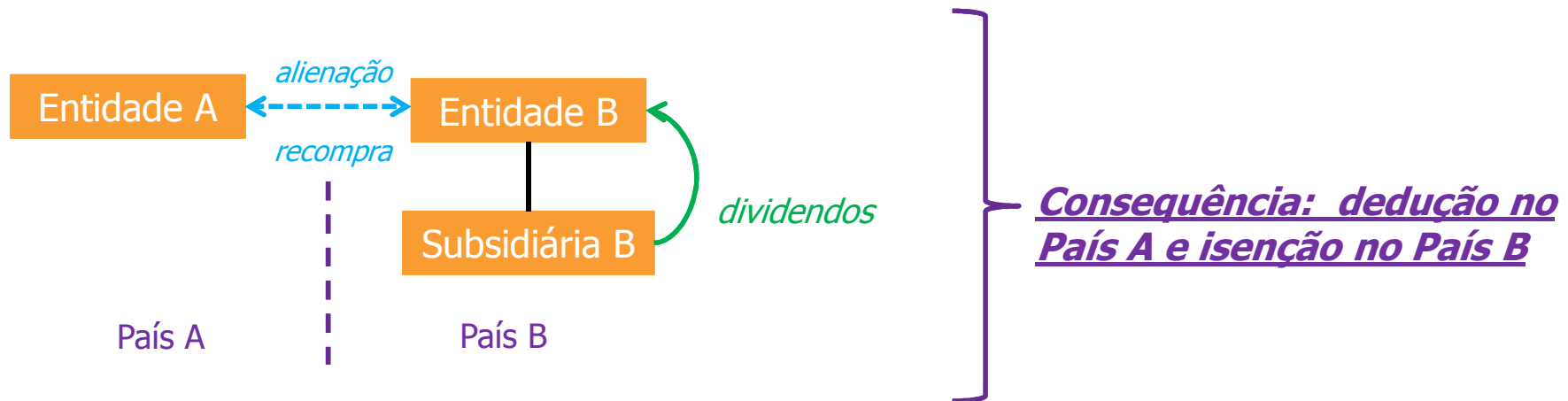
- ▶ Exemplo 1 (abordado na parte I do *deliverable* publicado em 2014)



- ▶ “Empresa mãe” é residente no País A e detém subsidiária no País B
- ▶ A subsidiária é tratada como uma corporação no País B para fins tributários, mas é tratada como uma filial (*branch*/entidade transparente), para fins tributários, no País A
- ▶ A subsidiária contrai dívida com terceiros ou partes relacionadas, incorrendo em despesas com juros
- ▶ Os juros são despesas dedutíveis para fins tributários no País B
- ▶ A “empresa mãe” também deduz juros no País A, porque a subsidiária é tratada como filial (*branch*/entidade transparente) e, por isso, a “empresa mãe” é tratada como pagadora dos juros devidos pela subsidiária, sob a perspectiva do País A

BEPS – Qualificação Híbrida

- ▶ Exemplo 2 (abordado na parte I do *deliverable* publicado em 2014)



- ▶ Entidade residente no País A ("Entidade A") aliena participação detida em subsidiária detida no País B ("Subsidiária B") para entidade residente no País B ("Entidade B")
- ▶ Alienação realizada com cláusula de recompra futura, por preço previamente determinado
- ▶ País A: prevalência da substância econômica, de forma que a transação equivale a uma operação de dívida com garantia → custos líquidos da transação (inclusive dividendos pagos pela Subsidiária B à Entidade B) dedutíveis no País A enquanto custos de financiamento
- ▶ País B: prevalência da forma, sendo a transação tratada como alienação com subsequente recompra do ativo → dividendos recebidos pela Entidade B da Subsidiária B são isentos de tributação no País B

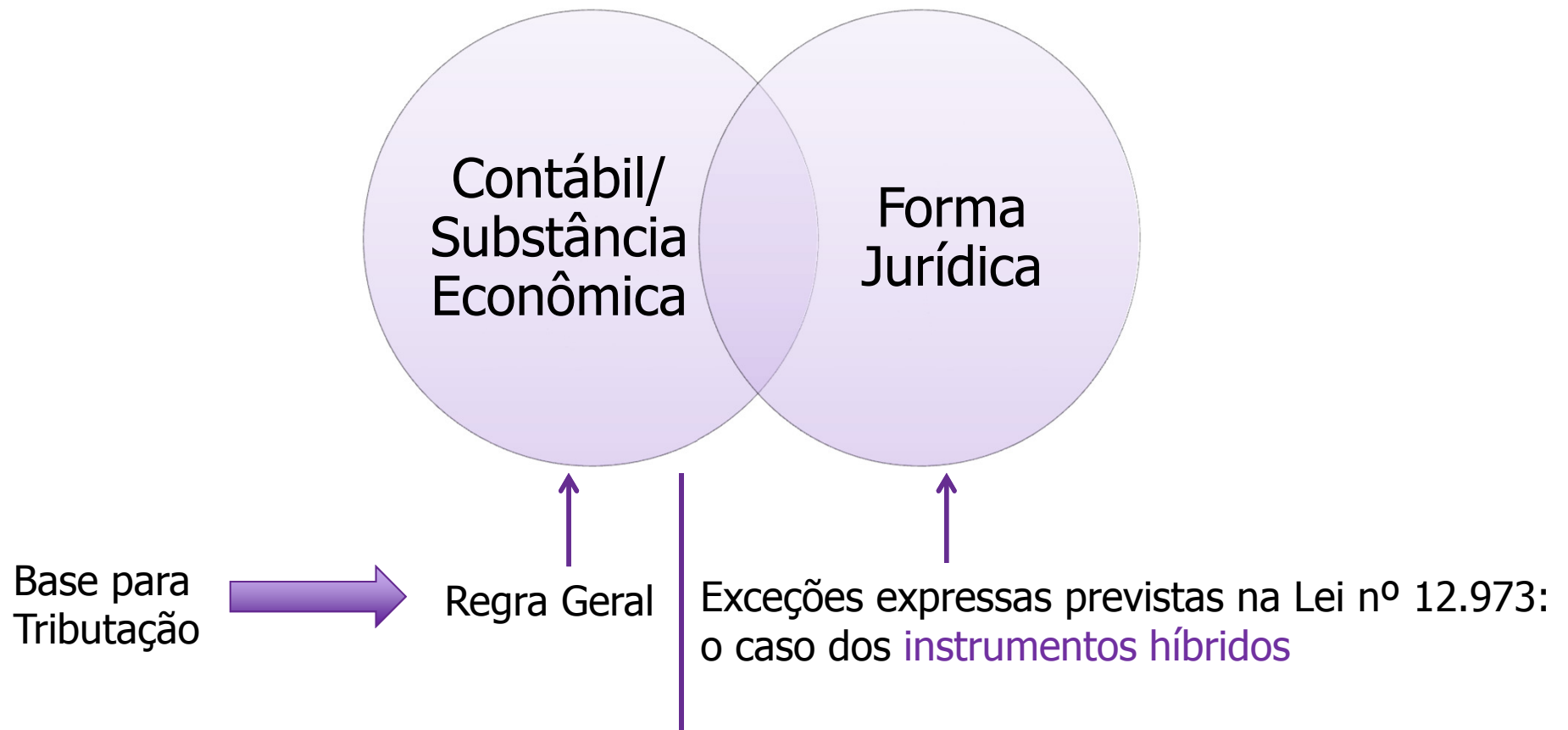
Qualificação Híbrida no Brasil

▶ Contexto

- ▶ **Instrumentos híbridos são, em regra, adotados por grandes contribuintes no âmbito de estruturas sofisticadas**
 - Crescente adoção, nos últimos anos, da adoção de instrumentos híbridos para fins de financiamento, especialmente por instituições financeiras
 - **Principais instrumentos**
 1. Ações preferenciais com previsão de pagamentos de dividendos fixos e cumulativos
 2. Debêntures participativas
- ▶ **Qualificação híbrida pode surgir, ainda, no caso de pagamentos de juros sobre o capital próprio (JCP) para beneficiários domiciliados no exterior**
 - Discussões quanto à qualificação dos JCP no âmbito das convenções celebradas pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda

Instrumentos Híbridos no Brasil

- ▶ **Contexto Legal: Lei nº 12.973/14 - Novas regras de tributação corporativa alinhadas com o padrão contábil internacional (IFRS)**
 - ▶ **Prevalência do Contábil: Substância Econômica sobre Forma Jurídica?**



1ª Previsão Expressa: Dividendos de Instrumentos Registrados como Dívida



2ª Previsão Expressa: Juros em Instrumentos de Dívida registrados no PL




Conclusões – Qualificação Híbrida: legislação brasileira X 2ª ação BEPS

- ▶ **Embora, nos últimos meses, a legislação tributária brasileira tenha sofrido determinadas alterações que se enquadrem no plano de ações BEPS, as previsões estabelecidas pela Lei nº 12.973/14 acerca dos instrumentos híbridos não apresentam tal escopo**
 - ▶ Disposições da Lei nº 12.973/14 sobre instrumentos híbridos buscam, em caráter excepcional, resguardar a forma jurídica em um atual cenário de prevalência da substância econômica, em que as novas regras de tributação corporativa passam a ter, como ponto de partida, a realidade contábil (IFRS)
 - ▶ Previsões da Lei nº 12.973/14 não têm a preocupação de eliminar as situações de qualificação híbrida e mitigar as possibilidades e alternativas de arbitragens dos contribuintes no âmbito de transações com entidades domiciliadas no exterior
 - ▶ Observância da 2ª ação BEPS demandará, assim, novas alterações na legislação local de regência das operações envolvendo instrumentos híbridos, bem como revisão das convenções celebradas pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda



MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados



São Paulo - Paulista

Al. Joaquim Eugênio de Lima, 447
01403 001 São Paulo SP Brasil
T +55 11 3147 7600

São Paulo - Faria Lima

Rua Campo Verde, 61 - 3º andar
01456 010 São Paulo SP Brasil
T +55 11 3035 4050

Brasília

SHS Q6 Bloco C CJ A Sala 1901 - 915
70322 915 Brasília DF Brasil
T +55 61 3218 6000

Rio de Janeiro

Praia do Flamengo, 200 - 11º andar
22210 901 Rio de Janeiro RJ Brasil
T +55 21 3231 8200

New York

712 Fifth Avenue - 26th Floor
10019 New York NY EUA
T +1 646 695 1100

www.mattosfilho.com.br