

Coordenador: Fernando Aurelio Zilveti
Editor-chefe: Roberto Ferraz

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

36



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

O BEPS E O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS NO BRASIL¹

THE BEPS AND THE TAX TREATMENT OF HYBRID FINANCIAL INSTRUMENTS IN BRAZIL

Eduardo Monteiro Cardoso

Acadêmico de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: emonteiro.cardoso@gmail.com.

RESUMO

No passado, os instrumentos financeiros utilizados pelas empresas para financiá-la sua atividade dividiam-se entre os de dívida e aqueles de capital. Recentemente, foram criados novos instrumentos financeiros, muito mais sofisticados do que os utilizados até então, cuja característica fundamental é a combinação dos elementos presentes nos instrumentos de dívida e de capital. Esta nova estrutura trouxe complicações nos âmbitos fiscal e contábil. No campo do direito tributário internacional, a principal dificuldade consiste na diferença de qualificação desses instrumentos por países distintos, o que causa distorções na aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação. É neste contexto que surge o plano BEPS, cujo Plano de Ação nº 2 sugere medidas para evitar tais situações. Este artigo tem como objetivo analisar as propostas da OCDE, verificando se estão em consonância com o tratamento tributário dado pelo Brasil a estes instrumentos.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO TRIBUTÁRIO, INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS, BEPS

ABSTRACT

In the past, the financial instruments used by companies to finance its activity were divided between debts and capital's ones. Recently, new financial instruments were created, much more sophisticated than those used until then, whose fundamental characteristic is the combination of the elements present in debt and capital instruments. This new structure brought complications in tax and accounting areas. In international tax law, the main difficulty consists in the difference of qualification between distinct countries, which implies in distortions in the application of the double non-taxation tax treaties. It's in this context that the BEPS Plan emerges, whose Plan Action nº 2 suggests measures to avoid those situations. This article aims to analyze OECD's proposals, verifying if it is compatible with the tax treatment given by Brazil to these instruments.

KEYWORDS: TAX LAW, HYBRID FINANCIAL INSTRUMENTS, BEPS

¹ Este artigo consiste em trabalho de conclusão do Curso de Atualização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), orientado pelo Professor Caio Takano, a quem agradeço pelas valiosas sugestões.

I. INTRODUÇÃO

Para o exercício de qualquer atividade empresarial, as pessoas jurídicas precisam, invariavelmente, obter os recursos necessários ao empreendimento. Até pouco tempo atrás, se uma pessoa jurídica necessitasse obter uma determinada quantia em dinheiro para financiar sua atividade, existiam dois caminhos possíveis, embora não excludentes: ou contraía passivos, ou aumentava capital².

Em termos jurídicos, a pessoa jurídica poderia captar os recursos necessários para sua atividade através de duas espécies de instrumentos financeiros: (i) de dívida; ou (ii) de capital. Optando pelo primeiro, realizaria empréstimos junto a instituições financeiras ou emitiria títulos representativos de dívidas – dentre os quais se encontram as debêntures, por exemplo. No segundo caso, a obtenção do capital se daria através da emissão de cotas ou ações, que representam, para o comprador, a titularidade de uma parcela do capital social da empresa, o que lhe outorga, ainda, uma série de direitos decorrentes dessa situação jurídica.

Embora os dois caminhos citados continuem fortemente presentes no cotidiano empresarial, houve um processo de sofisticação dos instrumentos financeiros de possível utilização³. Somaram-se àqueles dois conhecidos, novos instrumentos financeiros, muito mais complexos, cuja principal característica consiste na combinação de elementos existentes nos instrumentos de dívida e de capital.

A criação destes instrumentos financeiros híbridos causou impactos fiscais e contábeis de grandes proporções. Antes, esses sistemas estavam preparados para tratar somente dos instrumentos que se dividiam de forma clara e objetiva entre os de dívida e os de capital. Com o surgimento dos instrumentos financeiros híbridos, combinando elementos de ambas as espécies, cria-se uma situação para a qual a contabilidade e o direito tributário não estavam, naturalmente, preparados.

Isso se verifica na dificuldade de reconhecimento e tradução dos elementos presentes nos instrumentos híbridos para as informações contábeis. Com efeito, seu lançamento nas demonstrações contábeis dependerá da qualificação do instrumento, abrindo-se uma possibilidade de ocultação de informações prejudiciais, a depender da natureza atribuída pela linguagem contábil. Daí por que a utilização destes instrumentos tem sido apontada como um dos fatores que levaram à recente crise financeira internacional⁴.

2 CARVALHO, Nelson. Instrumentos financeiros híbridos. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2011, v. 2, p. 205.

3 De acordo com David B. Hariton, as principais alterações nos meios de financiamento corporativo começaram na década de 80 do século passado (SANTOS, Ramon Tomazela apud HARITON, David. B. Distinguishing between equity and debt in the financial environment. *Tax Law Review*, v. 49, n. 3. New York University, 1994, p. 499-524).

4 PRATS, Francisco Alfredo García. Qualificação de instrumentos financeiros híbridos em tratados fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 26, 2011, p. 76.

No âmbito do direito tributário, por sua vez, surge o problema de ausência de qualificação precisa dos rendimentos decorrentes dos instrumentos financeiros híbridos. A questão fiscal pode ser observada sob duas perspectivas: nacional e internacional. Dentro do próprio âmbito interno de um Estado, há dificuldade em qualificar os rendimentos provenientes dos instrumentos financeiros híbridos para fins de tributação. Como já foi destacado, o ordenamento jurídico interno foi criado pensando nas situações clássicas de instrumento de dívida ou de capital. A imprecisão com relação à qualificação do rendimento decorrente do instrumento financeiro híbrido pode levar a situações de elusão⁵ fiscal ou de bitributação.

No panorama internacional, existe outra dificuldade, proveniente das mesmas circunstâncias. Como não há uniformidade de tratamento entre os países, é frequente que um chame de dívida aquilo que no outro é qualificado como patrimônio. Valendo-se dessas diferenças de tratamento e na esteira da globalização das atividades econômicas⁶, as entidades transnacionais⁷ encontram oportunidades para reduzir suas bases tributárias, através de medidas de planejamento tributário internacional, como a criação de instrumentos cujos rendimentos não sejam tributados nem no país da fonte nem no da residência.

Isto pode implicar duas situações igualmente indesejadas: a dupla não tributação e a dupla incidência com relação aos rendimentos provenientes dos instrumentos financeiros híbridos.

Exemplo mais simples da consequência nociva decorrente da mencionada diferença de qualificação de determinado rendimento oriundo de um instrumento financeiro híbrido entre dois países pode ser explicado da seguinte forma: se um rendimento é tratado como débito no Estado de fonte, mas qualificado como patrimônio no Estado de residência, o pagador poderá deduzir o montante remetido como despesa, enquanto o recebedor não necessitará incluir esse valor na base de cálculo do imposto sobre a renda⁸.

É neste contexto que os instrumentos financeiros híbridos receberam atenção especial do programa Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)⁹, criado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Trata-se de um programa composto por 15 Planos de Ação, cujo objetivo é reformar as normas de tributação internacional,

5 Segundo Heleno Tórres, “elusivo é aquele que tende a escapular, a furtar-se (em geral por meio de argúcia); que se mostra arisco, esquivo, evasivo. Assim, cogitamos da ‘elusão tributária’ como sendo o fenômeno no qual o contribuinte usa de meios dolosos para evitar a subsunção do negócio praticado ao conceito normativo do fato típico e a respectiva imputação dos efeitos jurídicos, de constituição da obrigação tributária, tal como previsto em lei.” (TÓRRES, Heleno Taveira. Limites do planejamento tributário e a norma brasileira anti-simulação (LC 104/01). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2001, v. 5, p. 113.

6 Philip Baker argumenta, por exemplo, que a globalização fez surgir uma tensão entre a realidade econômica, que é cada vez mais global e enfrenta fronteiras cada vez menos relevantes, e a realidade jurídico-tributária, que ainda está fortemente marcada pela noção de território (BAKER, Philip. A tributação internacional no século XXI. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética e IBDT, 2005, v. 19, p. 46).

7 Sobre o conceito de “empresa transnacional” e a justificação por essa terminologia, cf. TÓRRES, Heleno Taveira. Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 178-179.

8 CARMAN, Paul. BEPS Action 2: hybrid mismatch arrangements. Derivatives & Financial Instruments, 2015, v. 17, n. 3.

9 OECD (2013). Action plan on base erosion and profit shifting. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>>.

notadamente o modelo de tratado para evitar a dupla tributação da própria OCDE, buscando eliminar as distorções existentes no panorama atual, que levam muitas vezes à dupla não tributação ou à dupla tributação. Deste modo, o BEPS procura sugerir medidas que atribuam uniformidade ao tratamento tributário no âmbito internacional, o que impede distorções decorrentes de disciplina jurídica desigual.

Dentre os Planos de Ação estipulados no programa, o número 2 (*Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*)¹⁰ é o responsável por sugerir aos países medidas concernentes aos instrumentos financeiros híbridos.

Este artigo procura analisar o conceito dos instrumentos financeiros híbridos e os problemas decorrentes da diferença de seu tratamento entre os países. Em seguida, serão observadas as medidas sugeridas pelo *Plan Action 2* do Programa BEPS e o atual tratamento desses instrumentos pelo Brasil, verificando a compatibilidade entre as medidas sugeridas pelo programa e aquelas atualmente adotadas.

II. OS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS E OS PROBLEMAS DE QUALIFICAÇÃO

Nos instrumentos financeiros de capital, o investidor adquire uma participação societária na pessoa jurídica, recebendo o retorno do seu investimento, usualmente, por meio de *dividendos*. Já nos instrumentos financeiros de dívida, o credor adquire um título representativo de um direito de crédito em face da pessoa jurídica, recebendo seu retorno pelo pagamento de *juros*.

Os instrumentos financeiros híbridos ocupam uma zona cinzenta entre os instrumentos de dívida e os de capital, combinando elementos destes dois modelos¹¹. Segundo Ramon Tomazela Santos, os *instrumentos financeiros híbridos* consistem, de modo geral, em atos ou negócios jurídicos, institutos jurídicos ou operações estruturadas de financiamento corporativo que conjugam direitos ou obrigações com características típicas de capital próprio e capital de terceiros¹².

Segundo o Conselho de Normas de Contabilidade Financeira dos Estados Unidos (*FASB – Financial Accounting Standards Board*), um instrumento financeiro híbrido resulta da “hospedagem” de certos derivativos dentro de instrumentos financeiros, que usualmente representam títulos de dívida ou de patrimônio¹³.

10 OECD (2015). *Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>>.

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

12 SANTOS, Ramon Tomazela. A qualificação dos rendimentos provenientes de instrumentos financeiros híbridos nos acordos internacionais de bitributação. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 30, 2014, p. 275.

13 CARVALHO, Nelson. Op. cit., p. 209.

A complexidade dos instrumentos híbridos implica os problemas de qualificação dos rendimentos dele decorrentes. Em muitos casos, são criados instrumentos cujos rendimentos mesclam características de juros e de dividendos, abrindo a possibilidade de diferentes qualificações por países distintos.

O mesmo problema ocorre na discussão sobre os juros sobre o capital próprio (JCP), introduzidos pela Lei 9.249/1995 (embora já existissem figuras semelhantes), que funcionam como um incentivo ao financiamento das empresas através do capital próprio¹⁴, freando a subcapitalização nominal, pois permitem a dedução dos valores pagos a esse título. Nesse caso, a discussão também se encontra na diferença de qualificação atribuída pelos Estados, dentre os quais uns atribuem a esse rendimento a característica de juros, e outros, de dividendos.

Em abstrato, é possível verificar as diferenças entre as características dos dividendos e dos juros. Em geral, os dividendos: (i) são pagos em quantia variável ou fixa, a depender da deliberação da assembleia; (ii) são rendimentos juridicamente incertos quanto à possibilidade de atribuição e pagamento, uma vez que dependem da existência de lucros sociais ou reservas de capital; (iii) decorrem de participação societária; (iv) ainda que existam reservas de capital previamente ao lançamento das ações ou em data posterior à emissão, a atribuição e o pagamento de dividendos ao acionista serão incertos, uma vez que os prejuízos acumulados poderão consumir as respectivas reservas.

Via de regra, os juros: (i) são pagos em quantia fixa ou percentual fixo; (ii) são juridicamente certos quanto à possibilidade de atribuição e pagamento, não dependendo da existência de lucros ou reserva desses; (iii) decorrem de uma operação de crédito; e (iv) não dependem de qualquer fator aleatório¹⁵.

Apesar de extremamente útil, a tabela acima não resolve os problemas envolvendo os instrumentos híbridos. Nestes, em função da autonomia autorizada pelo direito privado na utilização de suas categorias, combinam-se as características de juros e de dividendos. Ramon Tomazela dos Santos menciona algumas possibilidades, que ilustram a mescla de elementos de que estamos falando, como (i) o estabelecimento de pagamento de dividendos fixos pelas ações preferenciais; (ii) a outorga ou não de direito de voto ao titular pelas ações preferenciais; (iii) o privilégio de resgate previsto nas ações preferenciais; (iv) a emissão de títulos conversíveis em ações pelas sociedades anônimas; e (v) o condicionamento do pagamento de juros à existência de lucros futuros no contrato de mútuo¹⁶.

É nestes casos que surgem os problemas de qualificação, tanto no âmbito interno quanto na perspectiva internacional. Nesse último plano, contudo, os problemas alcançam

14 TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2000, p. 553.

15 MOSQUERA, Roberto Quiroga; PICONEZ, Matheus Bertholo. *Op. cit.*, p. 246.

16 SANTOS, Ramon Tomazela. *Op. cit.*, p. 281.

maiores proporções, em função da existência de ordenamentos jurídicos distintos tratando de forma dissonante os instrumentos híbridos.

Segundo Gerd Willi Rothmann, os conflitos de qualificação podem ser conceituados de modo mais amplo no Direito Tributário Internacional do que no Direito Internacional Privado, consistindo em qualquer problema decorrente da interpretação e aplicação de uma convenção internacional, tendo por consequência novas hipóteses de bitributação¹⁷. Com um grau maior de precisão, Alberto Xavier sustenta que o problema da qualificação aparece quando o conceito jurídico utilizado por determinada norma seja objeto de definição distinta por outra norma ou complexo de normas de natureza distinta¹⁸.

Embora possa ocorrer também no âmbito interno, em função de eventuais discussões entre Fisco e contribuinte acerca da espécie de rendimento e do regime tributário aplicável, é no âmbito dos tratados internacionais contra a dupla tributação que os problemas de qualificação ficam mais evidentes, vez que somente nesse existirá conflito entre o regime jurídico atribuído diferentemente por dois Estados.

A maior parte dos países adota um sistema de verificação consistente na análise de alguns elementos relevantes, a fim de concluir se determinado instrumento se assemelha mais àqueles de dívida ou àqueles de capital. Assim, através de critérios selecionados *a priori*, o instrumento financeiro passa por alguns “testes”, cujo resultado determinará sua natureza jurídica.

O relatório geral da *International Fiscal Association* (IFA)¹⁹ sobre instrumentos financeiros híbridos fornece um panorama das características que são, em geral, levadas em consideração pelos países para fins de qualificação destes instrumentos. Comentando o relatório da IFA, Roberto Quiroga Mosquera e Matheus Bertholo Piconez resumem os fatores apontados²⁰, podendo esses ser colocados da seguinte forma:

1. Com relação ao instrumento de dívida, esse se assemelhará aos instrumentos de capital: (a) se a dívida é convertível em ações e qual o prazo de vencimento e volatilidade das ações, o que implica a possibilidade do exercício do resgate pelo credor; (b) se prevê participação nos resultados da empresa; (c) se é grande o prazo para a devolução do principal e dos juros; (d) se é subordinado aos demais créditos; (e) se contém previsão para a liquidação em valor fixo pago em ações.
2. Com relação aos instrumentos patrimoniais, esses se assemelharão aos instrumentos de dívida: (a) se preveem o pagamento de dividendos fixos, dissociados do lucro da pessoa jurídica; (b) se preveem resgate automático das ações

17 ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 76, 2002, p. 34. Sobre um conceito diferente sobre o conceito de qualificação, como sendo a apreciação sobre os fatos aos quais será aplicada a norma, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

18 XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010, p. 142.

19 Tax treatment of hybrid financial instruments in cross border transactions. *Cahiers de Droit Fiscal International*, IFA, v. 85A, 2000.

20 MOSQUERA, Roberto Quiroga; PICONEZ, Matheus Bertholo. *Op. cit.*, p. 235.

preferenciais num curto espaço de tempo; e (c) se são de empresa altamente alavancada (com alta proporção de dívida em relação ao patrimônio), pois neste há paridade de risco com os instrumentos de dívida.

Embora a maior parte dos países adote tais testes, percebe-se que o resultado nem sempre será o mesmo considerando um mesmo instrumento financeiro, pois o maior peso eventualmente atribuído a um ou a outro critério pode levar a diferentes conclusões. Em síntese: mesmo que o teste seja semelhante, o resultado está longe de ser objetivo. Mesmo existindo um consenso sobre as características que levam um instrumento financeiro a aproximar-se de uma ou outra classe, a diferença do peso atribuído a cada uma das especificidades contratuais entre os diversos países geram o conflito qualificatório.

Para a solução desses conflitos, é necessário verificar qual Estado é o detentor da *competência qualificatória*²¹, ou seja, qual país possui a prerrogativa de qualificar o rendimento, o que pode ser definido pelo próprio tratado contra a dupla tributação. A doutrina aponta diferentes modos de resolução de conflito quando há diferença de qualificação no âmbito do Direito Tributário Internacional. Não existindo tal previsão, a doutrina aponta diferentes soluções: (i) qualificação pela *lex fori*; (ii) qualificação pelo Estado da fonte; (iii) qualificação pelo Estado da residência; (iv) qualificação pela *lex situationis*; e (v) qualificação autônoma²².

De acordo com os arts. 23A(1)²³ e 23B(1)²⁴ da Convenção Modelo contra a Bitributação da OCDE, que tratam dos métodos para a eliminação da dupla tributação, respectivamente o da isenção e do crédito, quando um residente de um dos países signatários do tratado adquire rendimentos que estão sujeitos à tributação pelo Estado da fonte, o Estado da residência deve isentar este rendimento de tributação ou permitir a dedução do tributo pago. Assim, será o Estado da fonte que exercerá primeiramente sua competência tributária, dentro dos limites pactuados no tratado, motivo pelo qual é sua a competência qualificatória, cabendo ao Estado da residência apenas examinar se aquele irá ou não tributar o rendimento. Somente após verificar se houve ou não tributação na fonte é que o Estado da residência exercerá sua competência tributária. Como leciona Alberto Xavier, as normas dos tratados se dirigem basicamente ao Estado da residência, ao qual cumpre acatar os limites ao seu poder de tributar. Assim, cabe ao Estado da fonte uma “tributação primária” (*a primary right to tax*)²⁵.

21 SILVEIRA, Rodrigo Maitto. Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: qualificação de partnership joint ventures. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 161.

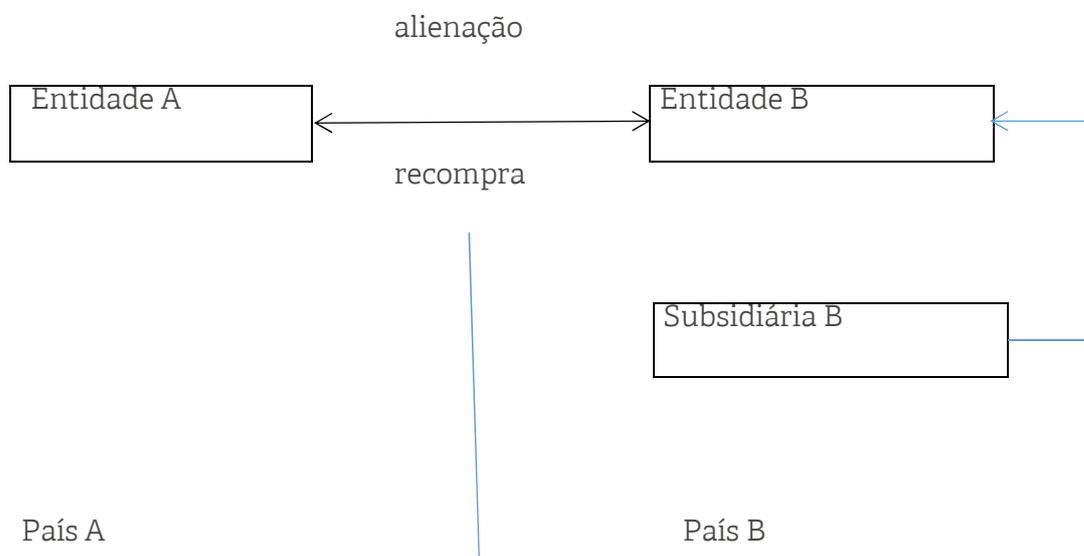
22 SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. Conflitos de qualificação na aplicação de tratados internacionais contra bitributação e o caso da sociedade em conta de participação. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 34, 2015, p. 23.

23 “Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which, in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall, subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, exempt such income or capital from tax.”

24 “Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which, in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall allow: a) as a deduction from the tax on the income of that resident, an amount equal to the income tax paid in that other State; b) as a deduction from the tax on the capital of that resident, an amount equal to the capital tax paid in that other State.”

25 XAVIER, Alberto. Os rendimentos de swap de taxas de juro face às convenções contra a dupla tributação. Revista Dialética de Direito

Exemplo de problema de qualificação decorrente dos instrumentos financeiros híbridos pode ser assim exposto²⁶:



Na situação retratada acima, a “Entidade A”, residente no “País A”, aliena, com cláusula de recompra futura, por preço determinado, participação societária detida na subsidiária presente no “País B” para a “Entidade B” ali residente. No “País A”, a operação é considerada como de dívida, o que gera a dedução dos custos da transação nesse país. Já no “País B”, o instrumento financeiro é considerado de capital, sendo os dividendos recebimentos pela “Entidade B” da “Subsidiária B” isentos de tributação neste país. A consequência é situação de dupla não tributação, com a dedução no “País A” e a isenção no “País B”.

Situações como a narrada acima, decorrentes da utilização dos instrumentos financeiros híbridos, demonstram a necessidade da adoção de medidas unilaterais e bilaterais para a solução dos problemas oriundos deste novo meio sofisticado de financiamento empresarial. É neste contexto que surge o Plano de Ação nº 2 da OCDE, cujas principais medidas sugeridas são expostas em seguida.

III. O PLANO DE AÇÃO Nº 2 DO BEPS

O Plano de Ação nº 2²⁷ do Programa BEPS se divide em duas partes, a primeira contendo recomendações para a legislação doméstica e a segunda tratando de alterações nos tratados para evitar a dupla tributação. Na primeira parte, são sugeridas alterações na legislação doméstica, para evitar que a utilização de instrumentos financeiros híbridos

Tributário. São Paulo: Dialética, n. 232, 2015, p. 13. Importante acentuar que o autor destaca a existência de normas de limitação da competência dirigidas ao Estado da fonte. Essas, no entanto, não tratam da competência qualificatória, mas sim quantitativas com relação à alíquota do imposto incidente sobre determinados rendimentos (juros, dividendos e royalties).

26 DE BOER, Reinout; MARRES, Otto. BEPS Action 2: neutralizing the effects on hybrid mismatch arrangements (2015) 43 Intertax, Issue 1, p. 22.

27 OECD (2015). Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>>.

resulte: (i) numa situação de dedução num país e não inclusão na base de cálculo no outro (*deduction/non-inclusion outcomes*); e (ii) em dupla dedução.

Na segunda parte são feitas recomendações quanto ao Modelo da OCDE de tratado para evitar a dupla tributação. Nesta seção, são propostas medidas para evitar a utilização indevida dos tratados por pessoas jurídicas com dupla residência, não obstante tal tema seja objeto também do Plano de Ação nº 6. Dentre essas, se destaca a alteração do art. 4(3) do Modelo da OCDE, para que tais casos sejam analisados casuisticamente, ao invés de simplesmente se procurar pelo local onde há efetiva administração. Também são tratados problemas relacionados à interposição de pessoas jurídicas²⁸.

Objetivamente, o Plano de Ação nº 2 sugere as seguintes medidas para neutralizar os efeitos dos instrumentos financeiros híbridos no direito tributário internacional:

- i) mudanças no Modelo da OCDE de Tratado para evitar a Dupla Tributação, para assegurar que instrumentos híbridos e entidades não sejam usados para obter indevidamente os benefícios dos tratados;
- ii) previsões na legislação interna que impeçam a isenção ou o não reconhecimento de pagamentos que são dedutíveis pelo pagador;
- iii) previsões na legislação interna que proíbam a dedução de pagamentos não qualificados como renda pelo beneficiário e que não sejam sujeitos à tributação através de regras de CFC (*controlled foreign company*).
- iv) previsões na legislação interna que proíbam a dedução de um pagamento que também é dedutível em outra jurisdição; e
- v) quando necessário, coordenação ou regras de desempate, se mais de um país procurar aplicar tais regras em alguma transação ou estrutura²⁹.

Como se percebe, são sugeridas tanto medidas bilaterais (itens *ii*, *iii* e *iv*) como unilaterais (itens *i* e *v*). Obviamente, as medidas unilaterais são de implementação mais fácil, pois dependem exclusivamente da manifestação de vontade de um único Estado, enquanto as medidas bilaterais exigem, para a sua instituição, o consenso entre dois países distintos. Contudo, o que se verifica nas medidas unilaterais é uma menção constante às condições tributárias do outro Estado. Nestes casos, a aplicação da regra interna depende da existência de determinada regra externa, concedendo isenção ou permitindo a dedução de determinados pagamentos.

É certo que o Brasil possui algumas medidas unilaterais no que concerne aos instrumentos financeiros híbridos. Essas serão objeto das nossas próximas observações, para que, em seguida, possa ser traçado um paralelo com as medidas sugeridas pelo Plano de Ação nº 2 do BEPS.

28 CARMAN, Paul. BEPS Action 2: hybrid mismatch arrangements. *Derivatives & Financial Instruments*, 2015, v. 17, n. 3.

29 BRAUNER, Yariv. What the BEPS, 16 Fla. Tax Rev. 55 (2014). Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/642/>>.

IV. O CONTEXTO BRASILEIRO: TRATAMENTO DOS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS E SUA COMPATIBILIDADE COM O PLANO DE AÇÃO Nº 2

Não é novidade que o Brasil passa por um momento de mudança de paradigma com relação à linguagem contábil adotada, consubstanciada num processo de convergência junto às normas contábeis internacionais. Dentre os aspectos positivos decorrentes dessa harmonização, que justificam sua implementação, podem ser citados: (i) melhor comparação entre empresas sediadas em diferentes países; (ii) redução do custo de captação nos mercados financeiros; e (iii) maior transparência das atividades empresariais³⁰.

As consequências desse processo de adoção do modelo contábil internacional são variadas. A principal, de modo geral, é a substituição para um sistema com regras mais flexíveis, no qual as decisões são fundamentadas muitas vezes em princípios, o que permite uma maior liberdade no reconhecimento³¹ da ação econômica.

No âmbito jurídico, no entanto, a alteração mais polêmica sem dúvida é o foco na substância econômica da operação³², em detrimento da forma jurídica adotada, conforme proposto pelo padrão contábil internacional. O item 51 do Pronunciamento Conceitual Básico do CPC (Comitê de Pronunciamentos Contábeis), ao explicar esse princípio da linguagem contábil internacional, esclarece que “ao avaliar se um item se enquadra na definição de ativo, passivo ou patrimônio líquido, deve se atentar para a sua essência e realidade econômica e não apenas sua forma legal”.

Ao prestigiar a substância econômica do negócio jurídico em detrimento da forma jurídica, a contabilidade qualifica, por exemplo, muitas debêntures perpétuas como instrumentos de capital, ou ações preferenciais resgatáveis com direito a dividendos fixos como instrumentos de dívida³³.

Não é escopo deste artigo ingressar diretamente em toda a polêmica envolvendo a relação entre a contabilidade e o direito tributário. Não obstante, a adoção de um modelo contábil, cujo processo de reconhecimento do ato econômico se dá em função da substância econômica desse torna-se relevante na discussão acerca da qualificação dos instrumentos financeiros híbridos.

30 LOPES, Alessandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. As normas contábeis internacionais e a tributação de instrumentos financeiros. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, v. 105, 2009, p. 83.

31 “Reconhecimento: envolve o processo de classificação da ação de natureza econômica.” (LOPES, Alessandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Op. cit.*, p. 96).

32 FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Instrumentos financeiros híbridos. Efeitos tributários após a Lei nº 12.973/2014. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 236, 2015, p. 65.

33 FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Op. cit.*, p. 70.

A classificação contábil sustentada na substância econômica, no entanto, só pode ser considerada quando não houver disposição jurídica específica. Existindo previsão legal em determinado sentido, a forma jurídica prevalece sobre a definição da ciência contábil³⁴.

É o que ocorre com os instrumentos financeiros híbridos na Lei 12.973/2014. Essa inseriu um § 2º ao art. 10 da Lei 9.249/1995, ampliando de certo modo a isenção de dividendos aos rendimentos decorrentes de instrumentos financeiros de capital que sejam classificados como de dívida e, em seguida, no § 3º, impedindo a sua dedução pela fonte pagadora³⁵.

Os instrumentos financeiros híbridos de dívida também foram tratados pela Lei 12.973/2014, que acrescentou o art. 38-B ao Decreto-lei 1.598/1977, que estabelece a dedução do pagamento pela fonte e a tributação do beneficiário³⁶.

O que se percebe a partir da leitura desses dispositivos é que, embora a Lei 12.973/2014 procure, na esteira das normas contábeis internacionais, privilegiar a substância econômica em detrimento da forma jurídica, não foi o que ocorreu com relação aos instrumentos financeiros híbridos.

Nesses, em função de regras expressas envolvendo tantos os instrumentos financeiros de dívida quanto os de capital, a análise da substância econômica torna-se ilegítima, devendo ser privilegiada, obviamente, a aplicação das regras expressas. Deste modo, num quadro de prevalência da substância econômica, excepcionam-se os instrumentos financeiros híbridos, aos quais continua se dando preferência à forma jurídica em função do art. 10, §§ 2º e 3º, da Lei 9.249/1995 e art. 38-B do Decreto-lei 1.598/1977, ambos incluídos pela Lei 12.973/2014.

Essas disposições, no entanto, não têm o condão de resolver os problemas de qualificação dos rendimentos decorrentes dos instrumentos financeiros híbridos na perspectiva internacional. Como foi observado nas medidas sugeridas pelo Plano de Ação nº 2, mesmo as medidas unilaterais dependem necessariamente de uma consonância com disposições de outro país.

Deste modo, as medidas tomadas recentemente pelo Brasil acerca dos instrumentos financeiros híbridos não têm o condão de solucionar os problemas identificados pelo

34 Nesse sentido: LOPES JUNIOR, Jorge Ney de Figueiredo; ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. A adoção do IFRS no direito brasileiro e os limites da conciliação do contábil com o legal tributário. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015, v. 6, p. 306.

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

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

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

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

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos instrumentos previstos no art. 15 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976."

Plano de Ação nº 2 do BEPS. Para a solução desses, será necessária a adoção de novas medidas, unilaterais e bilaterais, que harmonizem a tributação desses instrumentos, impedindo a dupla incidência ou a dupla não tributação.

V. CONCLUSÃO

Recentemente, houve uma mudança na forma de financiamento das empresas, que passaram a adotar os denominados instrumentos financeiros híbridos, cuja principal característica é a combinação de elementos dos instrumentos de dívida e de capital.

Isso trouxe complicações contábeis e fiscais, respectivamente com relação ao reconhecimento e à qualificação desses instrumentos. No direito tributário internacional, a dificuldade de qualificação ganha um novo complicador, consistente na diferença de tratamento de diversos países sobre um mesmo instrumento, o que gera casos de dupla tributação e de dupla não incidência. Em função desse problema, a OCDE, através do programa *BEPS* e de seu Plano de Ação nº 2, sugeriu aos países a adoção de medidas unilaterais e bilaterais.

Este artigo procurou verificar a compatibilidade entre a atual tributação destes instrumentos pelo Brasil e sua compatibilidade com as medidas sugeridas pelo BEPS.

Conclui-se que tais disposições não se confundem. Embora sejam relevantes disposições, como as inseridas pela Lei 12.973/2014, as medidas unilaterais sugeridas pelo BEPS fazem referência à qualificação atribuída pelo país de fonte, que detém a denominada competência qualificatória.

Assim, o tratamento dado pelo Brasil deveria ser estruturado de forma condicional, a depender da qualificação atribuída pelo país da fonte. Por exemplo, se o pagamento é considerado dedutível na fonte, deve haver tributação no Brasil, para que não ocorra a dupla não incidência. Isso sem prejuízo das medidas bilaterais, consistentes nas alterações dos tratados de bitributação firmados.

VI. BIBLIOGRAFIA

BAKER, Philip. A tributação internacional no século XXI. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 19, 2005.

BRAUNER, Yariv. *What the BEPS*, 16 Fla. Tax Rev. 55 (2014). Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/642/>>.

CARMAN, Paul. *BEPS Action 2: hybrid mismatch arrangements*. Derivatives & Financial Instruments, 2015, v. 17, n. 3.

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

DE BOER, Reinout; MARRES, Otto. *BEPS Action 2: neutralizing the effects on hybrid mismatch arrangements* (2015) 43 Intertax, Issue 1.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura. Instrumentos financeiros híbridos. Efeitos tributários após a Lei nº 12.973/2014. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 236, 2015.

HARITON, David. B. Distinguishing between equity and debt in the financial environment. *Tax Law Review*, v. 49, n. 3. New York University, 1994.

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA). Tax treatment of hybrid financial instruments in cross border transactions. *Cahiers de Droit Fiscal International*, IFA, v. 85A, 2000.

LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga. As normas contábeis internacionais e a tributação de instrumentos financeiros. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, v. 105, 2009.

LOPES JUNIOR, Jorge Ney de Figueiredo; ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. A adoção do IFRS no direito brasileiro e os limites da conciliação do contábil com o legal tributário. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; PICONEZ, Matheus Bertholo. Tratamento tributário dos instrumentos financeiros híbridos. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)* São Paulo: Dialética, 2011. v. 2.

OECD (2015). *Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>>.

OECD (2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>>.

PRATS, Francisco Alfredo García. Qualificação de instrumentos financeiros híbridos em tratados fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 26, 2011.

ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 76, 2002.

SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. Conflitos de qualificação na aplicação de tratados internacionais contra bitributação e o caso da sociedade em conta de participação. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 34, 2015.

SANTOS, Ramon Tomazela. A qualificação dos rendimentos provenientes de instrumentos financeiros híbridos nos acordos internacionais de bitributação. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética e IBDT, v. 30, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.

–. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: qualificação de partnership joint ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira. Limites do planejamento tributário e a norma brasileira anti-simulação (LC 104/01). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. v. 5.

–. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2000.

–. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

–. Os rendimentos de *swap* de taxas de juro face às convenções contra a dupla tributação. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 232, 2015.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010.

–. Os rendimentos de *swap* de taxas de juro face às convenções contra a dupla tributação. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 232, 2015.

Data de recebimento: 02/08/2016.

Data de aprovação do artigo: 18/09/2016.