

CURSO ONLINE  ABDF

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS E TRIBUTAÇÃO



A stylized world map in shades of blue, overlaid with a network of white lines and glowing nodes, symbolizing global connectivity and international aspects.

Reorganizações Societárias

Aspectos Internacionais

Flávia Cavalcanti
Aula 5 | Agosto 2021



ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITO
FINANCEIRO

INTRODUÇÃO | REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS INTERNACIONAIS – DEFINIÇÃO?

- Na legislação brasileira não há uma definição precisa do que se deva entender por REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS INTERNACIONAIS (como visto nas aulas anteriores, tampouco REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS).

OBSERVAÇÃO: Não obstante, a análise de algumas disposições pontuais, contidas em lei ou regulamentação, permite verificar a inclusão de alguns institutos como fusão, cisão, incorporação, aquisições, além de outras operações, no âmbito de abrangência das chamadas “REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS”.

(cf. referências contidas na MP 1.514/96; Lei n. 9.710/98; ICVM n. 299/99; MP 2.192-70/01)

- A multiplicidade de fundamentos e formatações que uma REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA pode se revestir é ainda mais patente em um contexto cross-border, em que se verifica a interação entre diferentes sistemas normativos, com seus institutos particulares. Desse modo, há grande dificuldade em uma conceituação técnica daquela expressão.
- Para referência, vejamos a seguir algumas definições trazidas pela doutrina brasileira e estrangeira.

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS INTERNACIONAIS | DEFINIÇÕES DOCTRINÁRIAS

[...] o conceito de 'reorganização' congrega tipos muito diversificados entre si, mas todos voltados para um mesmo esquema metodológico, qual seja, aquele preordenado a modificar as organizações e decisões societárias ou as relações estruturais de uma empresa ou de grupos de empresas, para reverter situações de crise ou permitir sua otimização.

Heleno Taveira Torres

[...] a restructuring is the realignment of the ownership, operations, assets, or capital structure of a company in order to improve operating performance, optimize a capital structure, and enhance public perception. The definition of a restructuring has evolved over the years from a simple balance sheet reconfiguration to a range of financial and transaction driven alternatives that include everything from simply enhancing internal operating performance to an outright sale or merger of a company, and from a sale of asset to a special dividend or share repurchase in face of a takeover threat.

Peter A. Hunt

A expressão reorganizações designa um conjunto de operações de que são partes sujeitos diversos, fazendo ou não parte de um mesmo grupo, e que tem por objeto bens de primeiro grau (os ativos patrimoniais e, particularmente, os estabelecimentos empresariais e os ativos que o integram), bens de segundo grau (participações societárias, que incluem quotas ou ações) ou mesmo sujeitos (sujeitos ao imposto sobre as sociedades ou mesmo pessoas físicas empreendedoras).

Carlo Garbarino

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS INTERNACIONAIS | DEFINIÇÕES DOCTRINÁRIAS

Reorganization is the implementation of a business plan to alter a corporation's structure or finances because of financial duress, a desire to change strategy, or a government order. It may involve, among other tactics, changes in assets and liabilities; changes in ownership structure or corporate control; consolidating, selling, or eliminating departments or product lines; replacing or discharging employees; or renegotiating debt agreements.

LII Cornell University

[...] transactions involving significant changes in the legal or economic structure of one or more business enterprises. In some countries neither company law nor tax law defines the term, although specific forms of reorganization may be defined, while other countries have a general tax law concept of reorganization.*

Frans Vanistendael

* Como grande exemplo de jurisdição que conteria uma conceituação geral costuma-se citar os Estados Unidos. O IRC de fato contém uma *section* destinada a “corporate reorganizations” (§368), mas também há outros dispositivos do código que oferecem tratamento específico para uma série de operações que se enquadram nas definições gerais trazidas acima, tais como aquelas tratadas na §351 (“contribuições”), §331/332 (“liquidações”), §355 (Spin-offs, Split-Off e Split-Up).

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS | CLASSIFICAÇÕES [1]

"[...] as classificações atendem às necessidades do trabalho expositivo, não se submetendo a valores verificativos. Uma classificação bem construída, isto é, conforme os cânones da lógica, será mais ou menos útil, consoante o desenvolvimento que o autor imprimir a suas indagações". (Paulo de Barros Carvalho)

- **Corporate Reorganizations** (envolvem sociedades) ✕ **Business Reorganizations** (envolvem a reestruturação de unidades ou modelos de negócio) – Robert Kopstein
- **Reorganizações de Primeiro Grau** (envolvem ativos de uma entidade) ✕ **de Segundo Grau** (envolvem participação societária na entidade) ✕ **de Sujeitos** (envolvem a própria entidade e/ou seus sócios) – Carlo Garbarino
- **Reorganizações de Concentração** (e.g., fusões e incorporações) ✕ **Desconcentração** (e.g., cisões) ✕ **Integração** (e.g., potencialização da capacidade operativa) – Heleno Tôrres
- **Reorganizações Internas** (envolvem a própria entidade - e.g., podem se referir ao seu regime jurídico, forma de gestão, modelo de financiamento) ✕ **Reorganizações Externas** (envolvem não apenas a entidade, mas também outras partes)
- **Reorganizações Intragrupo** (envolvem uma ou mais partes, mas que integram o mesmo grupo econômico) ✕ **Entre Partes não-relacionadas** (envolvem partes que integram grupos independentes)

REORGANIZAÇÕES DOMÉSTICAS

(todos os aspectos da operação apresentam partes e repercussões em uma mesma jurisdição)



CROSS-BORDER (incluindo "foreign-to-foreign"*)

(apresentam elementos de estraneidade, normalmente*, envolvendo partes em diferentes países)

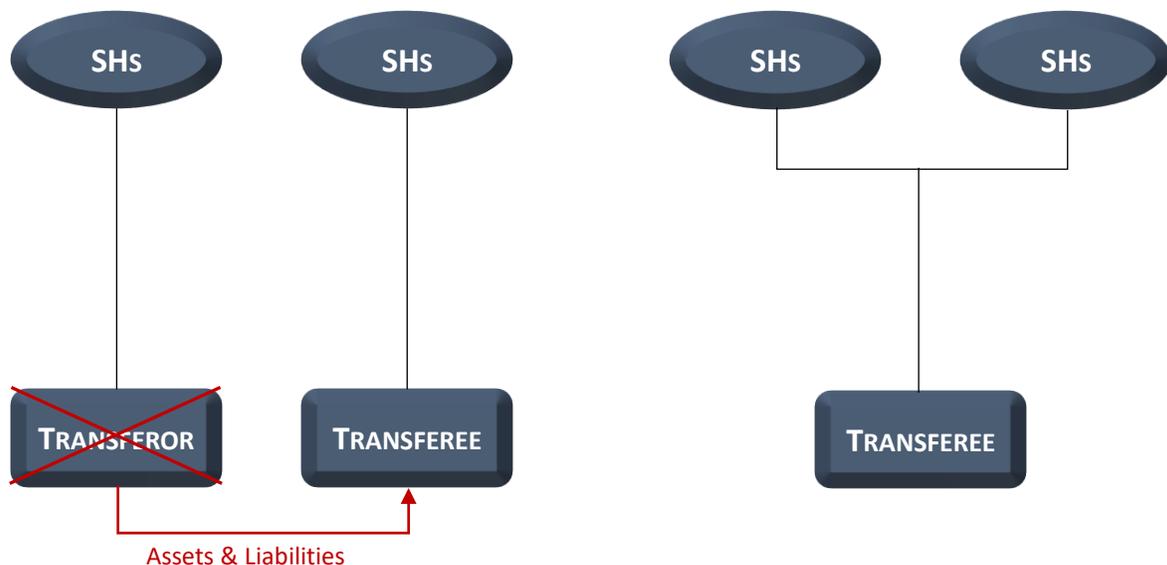
*Mas podem envolver partes em uma mesma jurisdição, mas apresentando repercussões em outros Estados – por exemplo, pelo objeto da transação nele se situar

ALGUMAS OPERAÇÕES USUALMENTE PRESENTES EM DIVERSOS PAÍSES [1]

- Como visto, há uma multiplicidade de operações que podem se enquadrar no âmbito das chamadas “reorganizações societárias”, não sendo possível esquematizar uma listagem taxativa de transações uniformes em todas as jurisdições.
- É possível verificar, contudo, algumas operações tipicamente encontradas nas legislações de diversos países, alguns exemplos incluem:

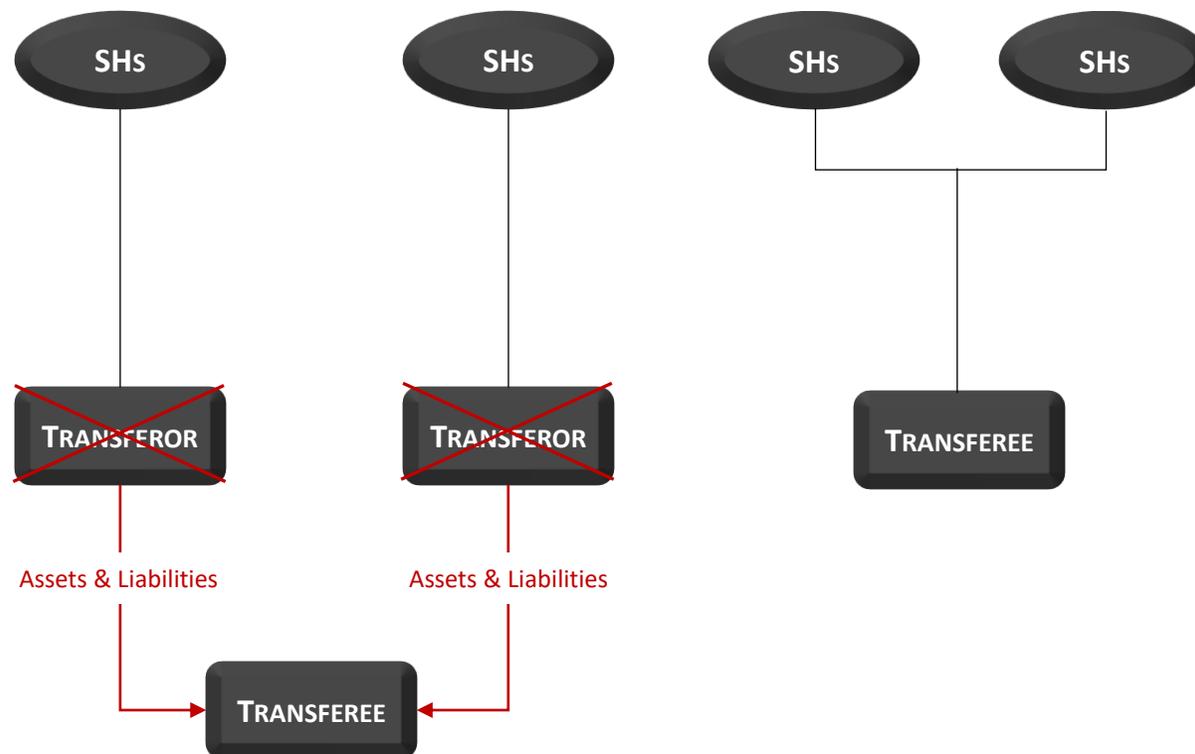
MERGER

Transaction in which all or substantially all the assets and liabilities of one or more transferor companies are transferred to a single transferee company, whereby the transferor companies cease to exist.



CONSOLIDATION

Transaction whereby two or more companies transfer their assets and liabilities to a single newly establish entity.

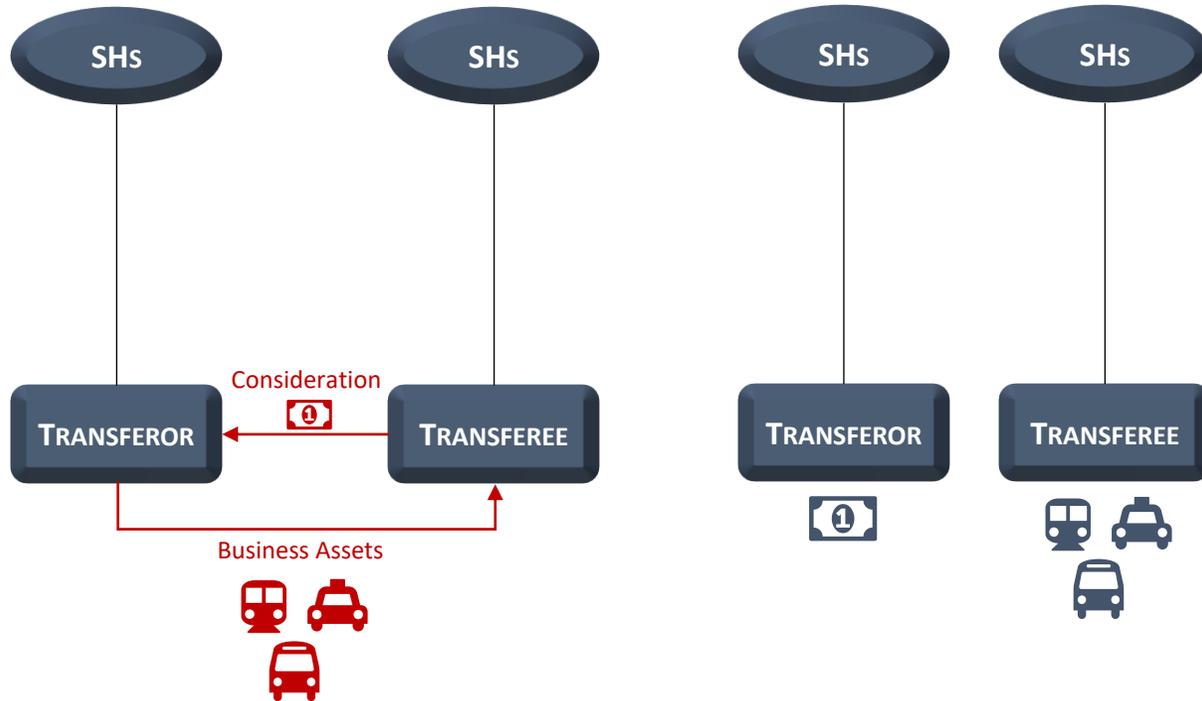


Observação: No Brasil, por exemplo, são meios de extinção de sociedades sem liquidação e que implicam sucessão, sem solução de continuidade, havendo persistência do vínculo social e sub-rogação das universalidades patrimoniais (cf. PN CST n. 6/85 e PN CST n. 39/81).

ALGUMAS OPERAÇÕES USUALMENTE PRESENTES EM DIVERSOS PAÍSES [2]

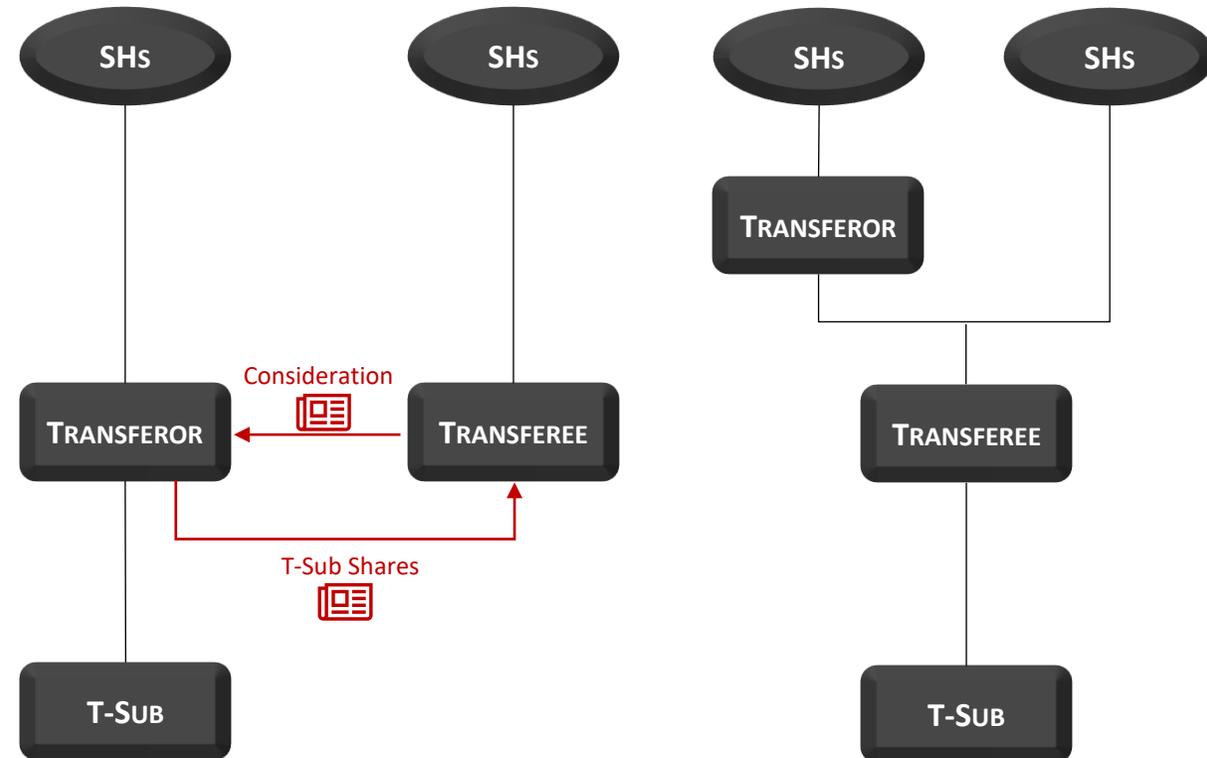
ASSET ACQUISITION

Transaction whereby one or more transferor companies transfer assets to a newly established or preexisting company in exchange for any form of consideration (e.g., shares, securities, cash, assets in kind, transfer of liabilities).



SHARE ACQUISITION

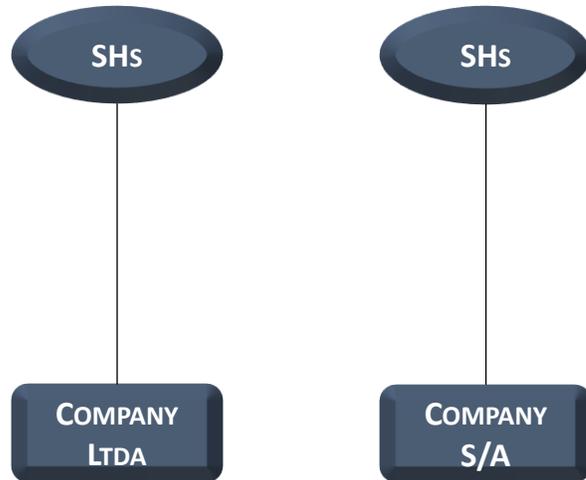
Transaction whereby shares of a company is transferred to a newly established or preexisting company in exchange for any form of consideration (e.g., shares, securities, cash, assets in kind, transfer of liabilities).



ALGUMAS OPERAÇÕES USUALMENTE PRESENTES EM DIVERSOS PAÍSES [3]

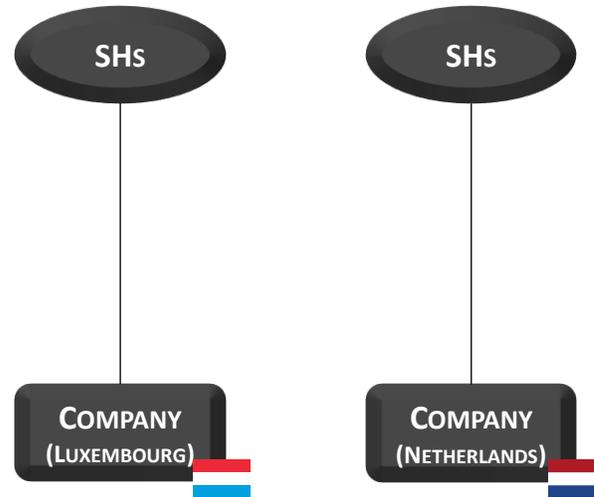
CHANGE IN FORM

Structural change whereby the company modifies its corporate form, but its assets and liabilities and economic activities remain the same.



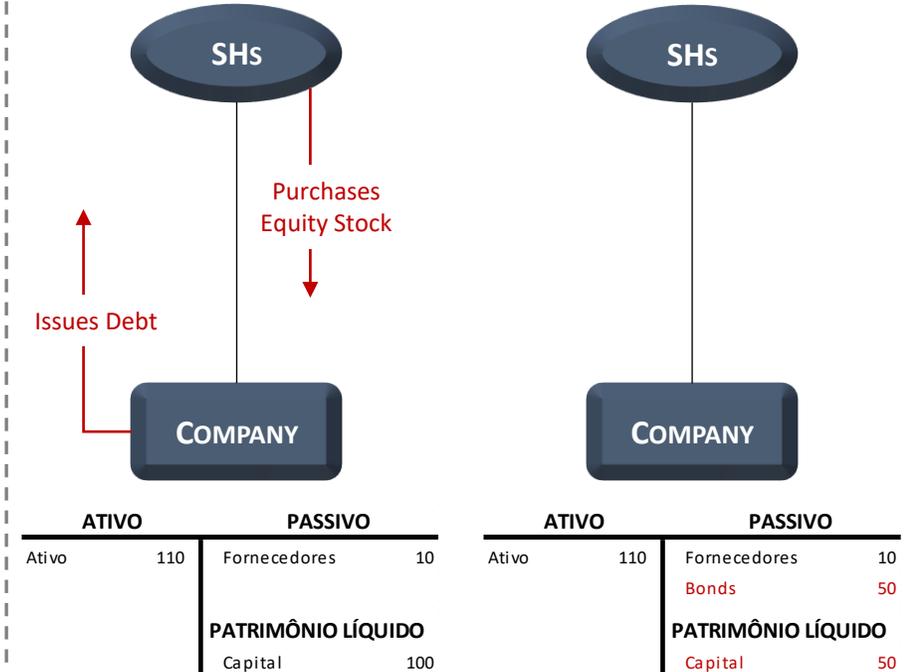
CHANGE IN SEAT / REDOMICILIATION

Structural change whereby the company modifies its corporate seat or redomicile from one location to another.



RECAPITALIZATION

Structural change whereby the company changes its funding structure, usually by restructuring its share capital or outstanding debt.



Observação: No âmbito das legislações tributárias domésticas dos países, as duas categorias mais usuais de critérios para a definição da residência fiscal de pessoas jurídicas são:

- (i) “place of incorporation”, “registered office”, “legal seat”;
- (ii) “place of effective management (POEM)”, “real seat”.

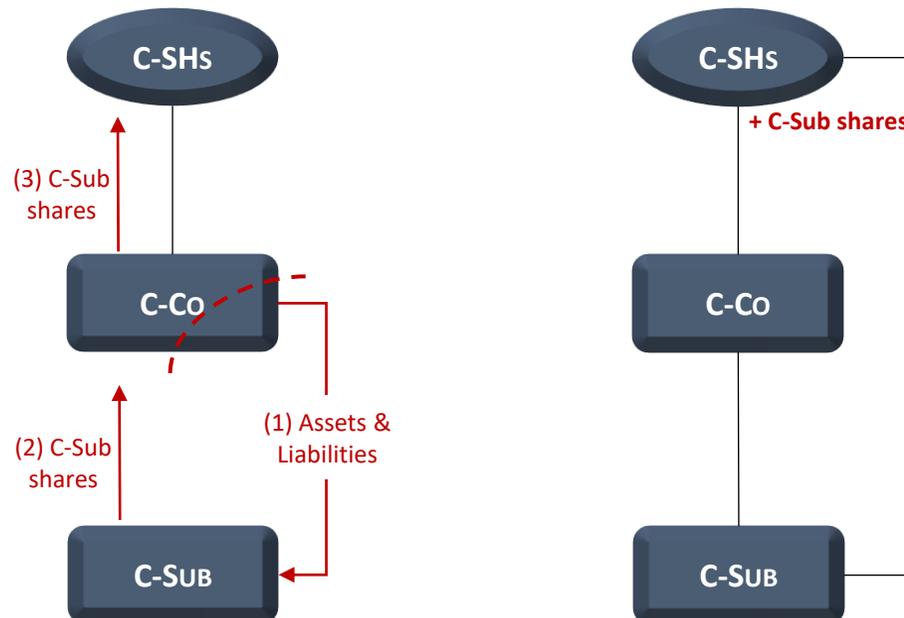
ALGUMAS OPERAÇÕES USUALMENTE PRESENTES EM DIVERSOS PAÍSES [4]

DIVISIONS / DEMERGERS

- It is the “opposite” of a merger or consolidation whereby all or substantially all the assets of one company are transferred to newly established or preexisting companies.
- Três principais categorias:

SPIN-OFF

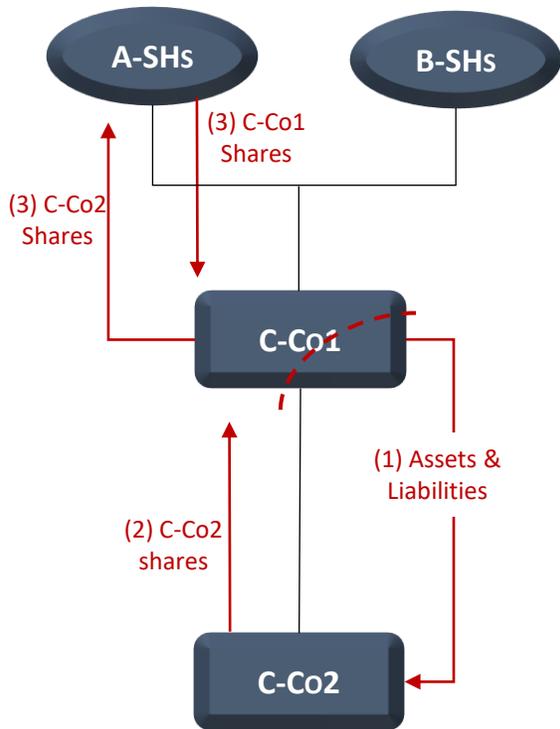
Shares of a subsidiary are distributed to the shareholder of the parent company.



ALGUMAS OPERAÇÕES USUALMENTE PRESENTES EM DIVERSOS PAÍSES [4]

SPLIT-OFF

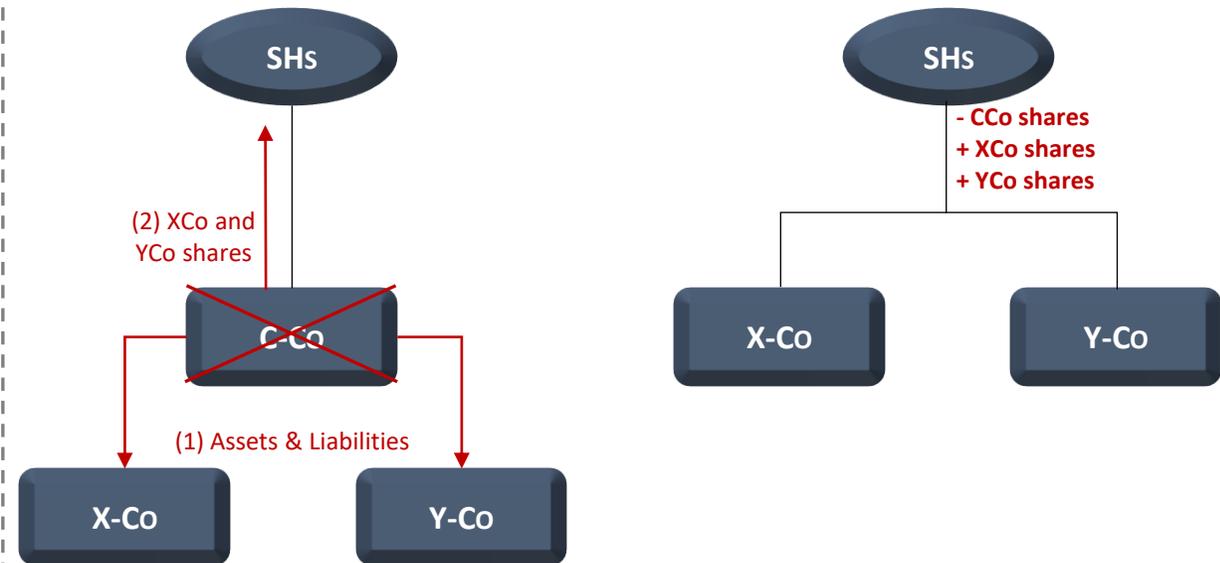
Shares of a subsidiary are distributed in exchange for the surrender of shares of the parent company.



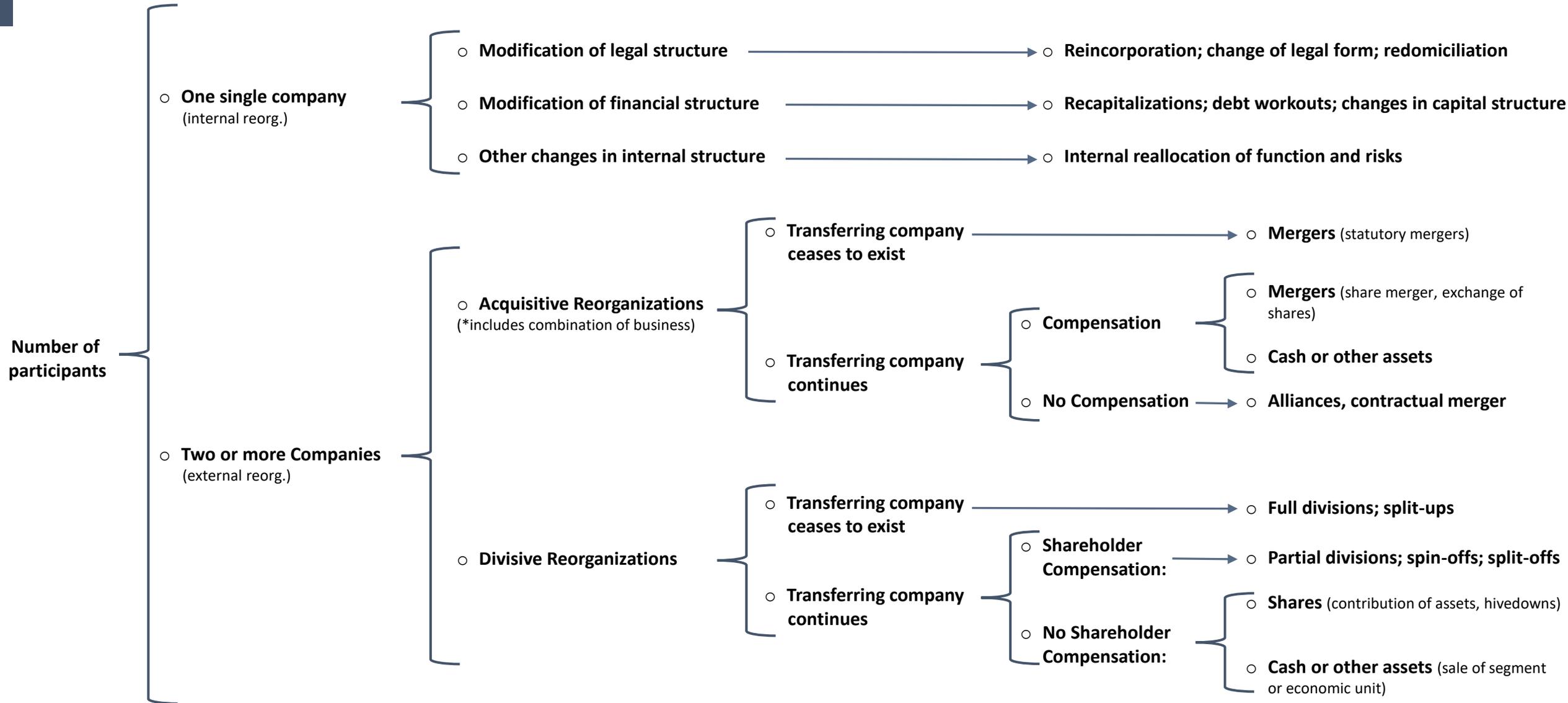
Observação: Exemplo ilustrando situação na qual o split-off não é pro-rata. Usualmente, essa classe de operações pode ou não ser realizada em bases proporcionais.

SPLIT-UP

Company distributes its shares in two or more subsidiaries in complete liquidation.



REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS | QUADRO ESQUEMÁTICO



IMPORTANTE! PARTICULARIDADES SOCIETÁRIAS E FISCAIS DE CADA SISTEMA

- Esses são apenas alguns exemplos. Como destacado, há diversos outros tipos de operações que são previstas nas legislações de cada Estado.

* Por exemplo, o já mencionado §368 trata, de modo geral, de sete classes de operações:

- (i) Type A (statutory mergers, consolidations and triangulars);
- (ii) Type B (“stock for stock”);
- (iii) Type C (“stock for assets”);
- (iv) Type D (acquisitive or divisive);
- (v) Type E (recapitalizations);
- (vi) Type F (identity changes);
- (vii) Type G (chap. 11 reorganizations).

- Tendo em vista as particularidades das legislações comercial e fiscal domésticas, mesmo as operações identificadas como tendo contornos mais ou menos semelhantes em diferentes países **apresentam parâmetros de caracterização e requisitos específicos que podem variar enormemente.**
- Esse é um dos múltiplos aspectos que agrega ainda mais complexidade às REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS em um contexto internacional.

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS E NEUTRALIDADE FISCAL [1]

- Como instrumentos imprescindíveis para que objetivos cruciais para a continuidade e otimização das empresas possam ser alcançados, a política tributária adotada por diversos países busca não apenas remover empecilhos, mas, muitas vezes, promover um ambiente propício para as REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS.
- Para tanto, os países tendem a adotar em suas legislações domésticas, previsões que garantam a neutralidade fiscal das operações realizadas no âmbito de REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS — tratamento esse que fica submetido, de modo geral a uma série de requisitos.
 - ➡ Sendo assim, é essencial que os aspectos específicos da normatização de cada país sejam analisados e avaliados de forma criteriosa.
- Diversos mecanismos podem ser adotados pelas legislações domésticas estatais para garantir a referida neutralidade fiscal.
 - Em relação a operações que implicam continuidade patrimonial (como se costuma verificar em relação a incorporações e fusões), a neutralidade fiscal decorreria da própria natureza das transações, na medida em que não traduzem alienação, mas mera sucessão / substituição de investimentos.
 - Mesmo em relação a operações que implicam alienação — que, em princípio, seriam passíveis de gerar a apuração de ganhos tributáveis —, é usual a concessão de mecanismos de neutralidade fiscal quando tais transações ocorrem no âmbito de REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS (na medida em que também se pode verificar caráter de continuidade da situação patrimonial).
 - ➡ Por exemplo, a transferência de bem ou direito em aumento ou devolução de capital, em que pese caracterizar alienação, pode ser percebida como uma transação que apresenta caráter de substitutivo sob a qual ocorre uma continuidade do investimento de forma modificada (e não uma efetiva realização do investimento) — i.e., ativos contribuídos pelo sócio, de certa forma, continuam a compor seu patrimônio, pois somente passam a ser traduzidos / detidos por meio da participação societária; já na hipótese de devolução de capital, o inverso acontece, com ativos que indiretamente compunham seu patrimônio passando a integrá-lo de diretamente.

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS E NEUTRALIDADE FISCAL [2]

- De forma geral, esses mecanismos de neutralidade podem envolver:
 - Previsões que possibilitam que as operações sejam realizadas com manutenção da base de custos histórica para fins fiscais (“roll-over”), de modo a não ensejar o reconhecimento de ganhos tributáveis.
 - Previsões que asseguram isenção em relação a ganhos reconhecidos nas operações.
 - Previsões que asseguram diferimento em relação a ganhos reconhecidos nas operações.

- Essa lógica geral de neutralidade fiscal das REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS, contudo, apresenta algumas perspectivas diferenciadas em um contexto *cross-border*, que muitas vezes pode influenciar as políticas fiscais adotadas pelos Estados relativamente a tais categorias de operações.

- Isso porque, se da perspectiva de um determinado Estado, investimentos *inbound* e FDIs são considerados bem-vindos e estimulados, não se pode dizer o mesmo de transações *outbound*, que podem estar sujeitas ao chamado “*revenue flight dilemma*”.

- Dessa maneira muitos Estados estabelecem previsões específicas para oferecer um tratamento diferenciado conforme as REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS sejam realizadas em um contexto puramente doméstico ou *cross-border* — ou, ainda nesse segundo caso, conforme envolvam operações *inbound* ou *outbound*.

REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS E NEUTRALIDADE FISCAL [3]

➤ E no Brasil?

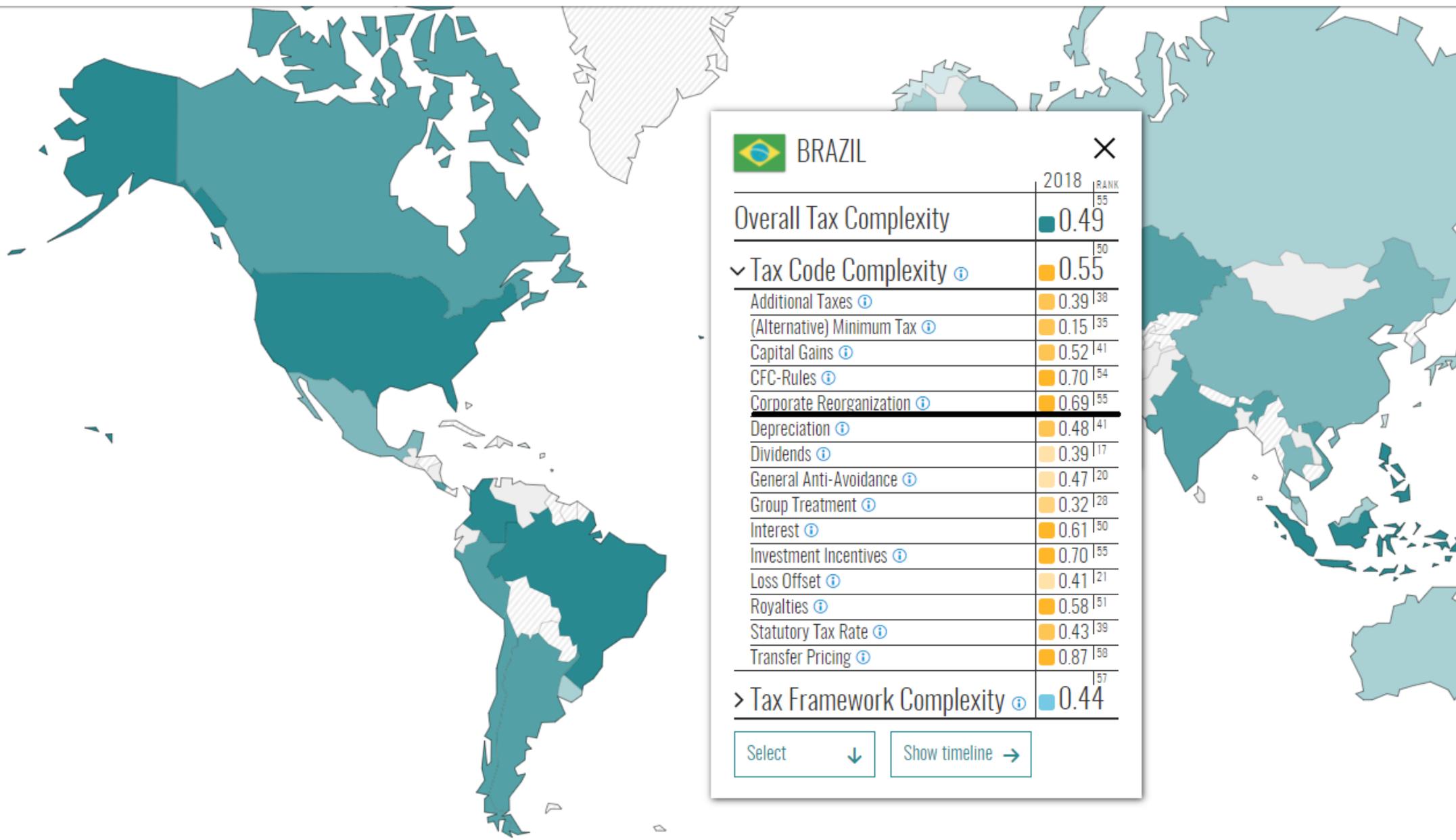
- Diferentemente de outras jurisdições, inexistente na legislação brasileira uma normatização sistematizada que esclareça o tratamento específico a ser aplicado às REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS INTERNACIONAIS e que garantam neutralidade fiscal a essas operações.
- Em princípio, busca-se interpretar as regras existentes no ordenamento interno que tratam genericamente de cada tipo de transação, para delas se extrair o tratamento aplicável a contrapartes estrangeiras (na medida em que, muitas das vezes, a literalidade das previsões não restringem a sua abrangência a operações puramente domésticas).
- Não obstante, a falta de tratamento específico pode gerar situações de dúvidas e muitas incertezas.
- Essa insegurança, somada a tantas outras mazelas do nosso sistema — que vão desde uma relação de desconfiança entre Fisco e Contribuinte, posicionamentos vacilantes, imposições de penalidades exorbitantes, volume dantesco de contencioso fiscal —, sem dúvidas, podem prejudicar a posição brasileira na atração de fluxos de investimento *cross-border*.




▼ 2018








BRAZIL
✕

	2018	RANK
Overall Tax Complexity	0.49	55
▼ Tax Code Complexity	0.55	50
Additional Taxes	0.39	38
(Alternative) Minimum Tax	0.15	35
Capital Gains	0.52	41
CFC-Rules	0.70	54
Corporate Reorganization	0.69	55
Depreciation	0.48	41
Dividends	0.39	17
General Anti-Avoidance	0.47	20
Group Treatment	0.32	28
Interest	0.61	50
Investment Incentives	0.70	55
Loss Offset	0.41	21
Royalties	0.58	51
Statutory Tax Rate	0.43	39
Transfer Pricing	0.87	58
> Tax Framework Complexity	0.44	57

Select ↓
Show timeline →

VERY LOW COMPLEXITY (QUINTILES) ⓘ VERY HIGH

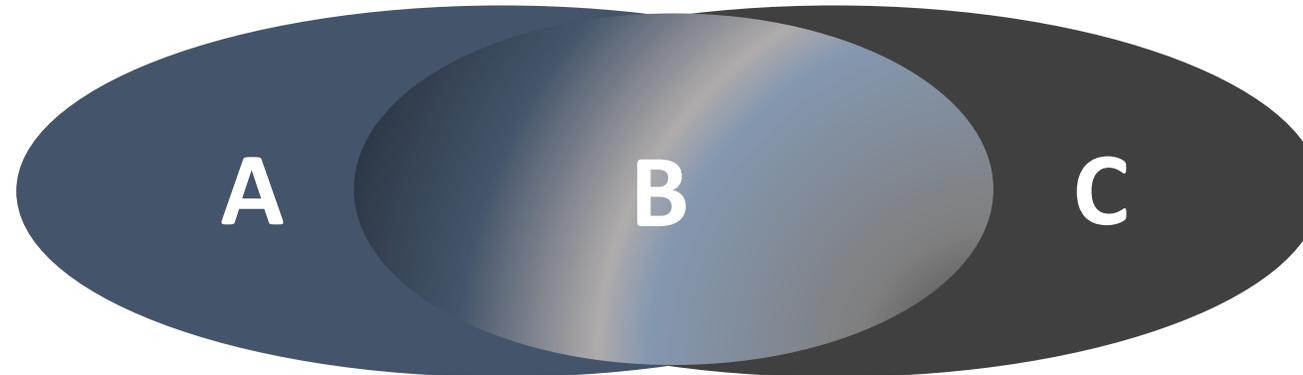
IMPORTANTE! ANÁLISE DAS CONVENÇÕES PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO

- Até aqui, já verificamos que quando estamos diante de uma operação e REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA INTERNACIONAL precisamos identificar aspectos como:
 - Qual a caracterização da operação para fins da legislação das jurisdições envolvidas?
 - Há reconhecimento de rendimentos tributáveis na transação?
 - Em caso positivo, os rendimentos reconhecidos na operação são isentos?
 - Em caso negativo, os rendimentos reconhecidos estão sujeitos à realização imediata ou diferimento?
 - Qual a natureza dos respectivos rendimentos de acordo com as legislações internas de cada país?
- A essas questões devemos ainda adicionar àquelas relativas à aplicação das DTCs.
 - A função primordial das DTCs não consiste propriamente na “alocação” de competências tributárias.
 - Estados possuem jurisdição fiscal como um atributo decorrente da sua soberania, de modo que as DTCs atuam no sentido de limitar o exercício dessa jurisdição – a “máscara” de Vogel: “[...] *the treaty acts like a stencil that is placed over the pattern of domestic law and covers certain parts.*”
 - Desse modo, onde a “máscara” cobre parte da legislação doméstica, a imposição tributária será reduzida ou eliminada; já nas áreas onde a “máscara” apresenta aberturas, a imposição doméstica permanecerá intacta.

IMPORTANT! ANÁLISE DAS CONVENÇÕES PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO

Taxing Rights under Domestic Laws

Taxing Rights under a DTC



A: Taxing rights under domestic laws that are NOT restricted by the DTC

B: Taxing rights under domestic laws that are REESTRICTED by the DTC

C: Taxing rights under DTC that are not exercised under domestic laws

➤ As questões relacionadas à aplicação das DTCs podem envolver aspectos como:

- Qualificação das partes envolvidas e *treaty entitlement*?
- Qualificação do rendimento no âmbito das cláusulas convencionais?
 - ➡ Observação: de modo geral, os eventuais rendimentos reconhecidos no âmbito das REORGANIZAÇÕES SOCIETÁRIAS tendem a ser “ganhos de capital” (já que derivam de acréscimos não recorrentes, que não fazem parte do fluxo ordinário dos negócios). Contudo, diversos casos podem envolver uma caracterização distinta pela legislação fiscal doméstica, o que podem resultar em dificuldades na qualificação (em especial, porque o Artigo 13 não contém uma definição do que seria “ganho de capital” para fins do tratado).
- Aplicação dos métodos para evitar a dupla tributação?

DIRETIVA EUROPEIA

COUNCIL DIRECTIVE 2009/133/EC

- **Breve Histórico:** O legislador comunitário buscou criar um regime de neutralidade fiscal para determinadas operações de reorganizações societárias por meio da Diretiva 90/434/CEE. Esse normativo foi posteriormente alterado pelas Diretivas 2005/19/CE e 2006/98/CE, tendo sido revogado pela atual Diretiva 2009/133/CE, que procedeu à codificação da matéria de forma sistematizada face às diversas revisões implementadas.
- **Objeto:** *“Common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of the registered office of an SE or SCE between Member States.”*
- **Contexto:** Reconhecimento de que reorganizações societárias envolvendo diferentes Estados Membros são necessárias para garantir o funcionamento eficiente do mercado europeu, de modo que, conforme indicado pelo preâmbulo da Diretiva, tais operações *“ought not to be hampered by restrictions, disadvantages or distortions arising in particular from the tax provisions of the Member States.”*
- **Objetivo:** *“[...] it is necessary, with respect to such operations, to provide for tax rules which are neutral.”*
- **Regime Adotado pela Diretiva:**
 - Aplicável a determinadas operações elegíveis
 - Estabelece que não sejam apurados resultados tributáveis no nível das entidades envolvidas e respetivos sócios
 - Mecanismo de neutralização por meio do diferimento da tributação das mais e menos valias para períodos futuros (quando da efetiva realização).

“ARTICLE 4. 1. A merger, division or partial division shall not give rise to any taxation of capital gains calculated by reference to the difference between the real values of the assets and liabilities transferred and their values for tax purposes. [...]”

ARTICLE 9. Articles 4, 5 and 6 shall apply to transfers of assets.” (Diretiva 2009/133/EC)

REORGANIZATION CLAUSES

- Não constam dos principais modelos (CM OCDE, CM ONU, CM US)*.
- Adoção tímida ➔ sendo estimado que apenas cerca de 140 tratados internacionais contenham disposições específicas para tratar de aspectos relacionados às reorganizações internacionais
- Inexiste padronização das cláusulas, que variam significativamente em seu alcance, objeto, requisitos e tratamento conferido
- Alguns Exemplos:

Artigo 13(8) DTC EUA-Canadá

“8. Where a resident of a Contracting State alienates property in the course of a corporate organization, reorganization, amalgamation, division or similar transaction and profit, gain or income with respect to such alienation is not recognized for the purpose of taxation in that State, if requested to do so by the person who acquires the property, the competent authority of the other Contracting State may agree, in order to avoid double taxation and subject to terms and conditions satisfactory to such competent authority, to defer the recognition of the profit, gain or income with respect to such property for the purpose of taxation in that other State until such time and in such manner as may be stipulated in the agreement.”

Artigo 13(4) DTC Suíça - Holanda

“4. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares - other than shares which are quoted on a stock exchange as may be agreed by the Contracting States - or other corporate rights in a company the assets of which consist directly or indirectly for more than 50 per cent of immovable property referred to in Article 6 may be taxed in the other Contracting State. The provisions of the preceding sentence shall not apply if:

[...]

b) the gains are derived in the course of a corporate reorganisation, amalgamation, division or similar transaction; [...].”

* “Recent years have seen a growth in the cross-border issues arising from corporate reorganizations. This is a development that is not specifically addressed in the OECD Model Tax Convention and that is seldom taken into account in tax treaties.” (Guglielmo Maisto)

ASPECTOS PRÁTICOS | EXEMPLOS DE ELEMENTOS RELEVANTES PARA ANÁLISE [1]

➤ **Identificar todas as partes que podem vir a serem impactadas pela reorganização.**

- De forma mais imediata, as entidades envolvidas, mas não apenas:
 - e.g., controladores e minoritários, em seus mais diversos níveis,
 - debenturistas e outros credores;
 - controladas diretas e indiretas, etc.

➤ **Examinar as características corporativas e fiscais específicas de cada uma das partes.**

➤ **Determinação da entidade adquirente / resultante:**

- Diversos devem ser considerados, tais como:
 - Constituição de veículo local ou em outra jurisdição?
 - Forma jurídica da entidade?
 - Regime jurídico e fiscal no país de constituição, no país de residência e também sob perspectiva das demais jurisdições envolvidas?
 - Flexibilidade na composição e estrutura do capital social?
 - Qual regime de tributação corporativa (territorialidade ou bases universais)?
 - Carga tributária direta e indireta?
 - Existência de regras CFC e / ou outras regras “anti-diferimento”?
 - Tributação de dividendos *inbound* e *outbound*?
 - Tributação de outros fluxos *intercompanies*?
 - Tratamento de *goodwill* e mais-valias em investimentos no exterior?
 - Rede de DTCs?
 - Regras de aproveitamento de prejuízos incorridos no exterior?
 - Métodos de creditamento dos tributos pagos no exterior?

➤ **Otimização financeira e *funding* da operação.**

- Examinar aspectos que podem envolver:
 - Tributação do fluxo de dividendos vs. de juros?
 - Financiamentos públicos ou privados? Financiamentos locais ou externos?
 - Financiamento junto a terceiros ou *intercompanies*?
 - Instrumentos de captação no mercado?
 - Regras relativas a instrumentos financeiros híbridos?
 - Regras de subcapitalização?
 - Requisitos para dedutibilidade fiscal?
 - Aplicação de regras de preço de transferência?
 - Efeitos de variação cambial?

➤ **Análise de aspectos jurídicos e fiscais relacionados à Target.**

- Em relação aos aspectos fiscais, são relevantes:
 - A classificação da entidade sob a perspectiva das jurisdições envolvidas;
 - O mapeamento de exposições e riscos tributários em processo de *due dilligence*;
 - A identificação de “ativos fiscais”, tais como tributos a restituir, prejuízos fiscais acumulados, créditos de tributos pagos no exterior;
 - A verificação das regras de “carry-back” e “carry forward”, itens amortizáveis / depreciáveis fiscalmente etc.;
 - O exame de outros atributos fiscais relevantes como incentivos, benefícios e regimes especiais, *tax rulings*, APAs, *tax elections*;
 - Eventuais itens com tributação diferida que podem ser considerados realizados na reorganização;
 - A rede de DTCs.

ASPECTOS PRÁTICOS | EXEMPLOS DE ELEMENTOS RELEVANTES PARA ANÁLISE [3]

➤ Exame dos contornos, requisitos e repercussões decorrentes da REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA.

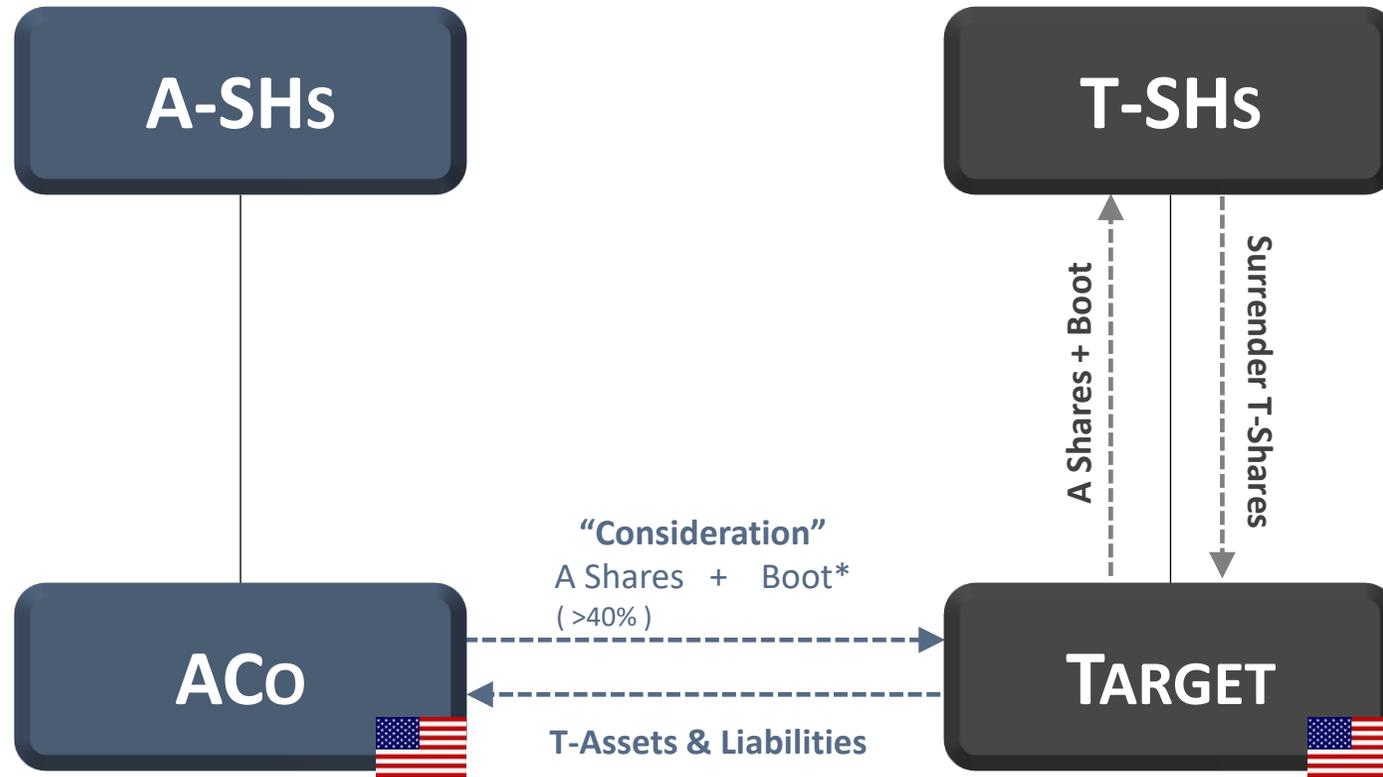
- Verificação de todos os elementos que integram as operações pretendidas, tais como:
 - Avaliações quanto à conformação do *compensation* (*cash*, equivalentes de caixa, título de dívida, pagamentos em ações, outros ativos, condicionantes, *escrow*, *earn out?*);
 - Estruturação das etapas da reorganização considerando a qualificação de cada uma das operações pretendidas sob a perspectiva de cada uma das legislações locais;
 - Nas múltiplas jurisdições envolvidas, avaliar qual o respectivo tratamento fiscal das operações identificadas e se há normatização doméstica que garanta a neutralidade das reorganizações societárias;
 - Verificar aplicabilidade de previsões constantes de DTCs (em especial, a existência de *Reorganization Clauses*).

IMPORTANTE 1: Avaliar não apenas eventual tributação incidente na operação, mas também a parte que figura como contribuinte e aquela sobre a qual recai a responsabilidade pelo recolhimento do tributo devido, bem como eventuais descasamentos temporais ("*timing mismatch*"), diferenças entre bases fiscais e regras de reconhecimento.

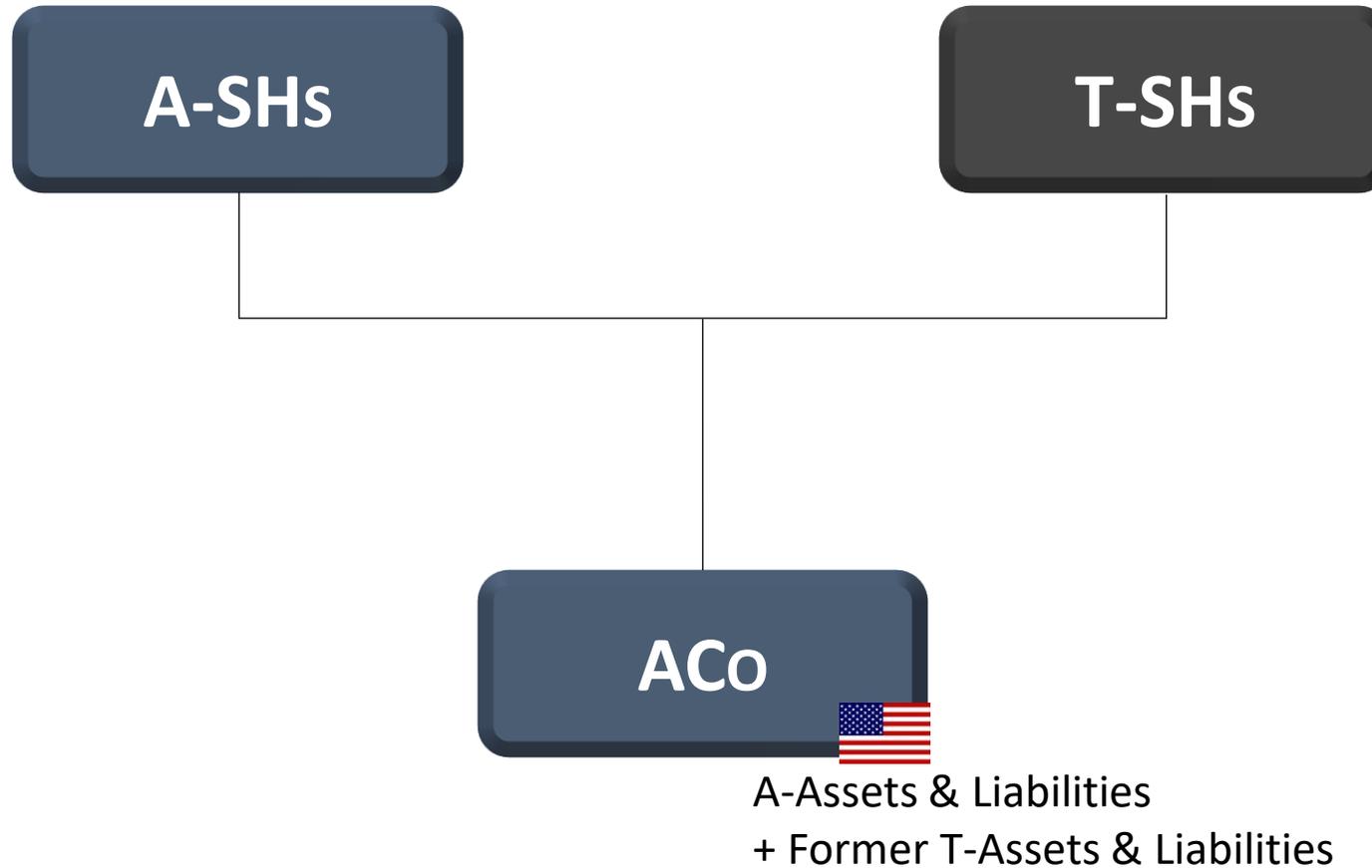
IMPORTANTE 2: Ainda que a operação não seja tributada de forma imediata, verificar se a operação gera itens com tributação diferida e quais são os requisitos para a sua realização.

- Na estrutura resultante, avaliar regras de tributação de movimentações futuras, como atos de disposição.
- Verificar possibilidade e tratamento de outras estratégias de saída – e.g., redomiciliação, incorporações internacionais *outbound*, inversões, etc.
- Outros exemplos de fatores a serem avaliados: flexibilidade e eficiência na captação de recursos no mercado local e no exterior; padrões contábeis adotados nas demonstrações individuais e consolidadas; *book-tax-conformity*; etc.

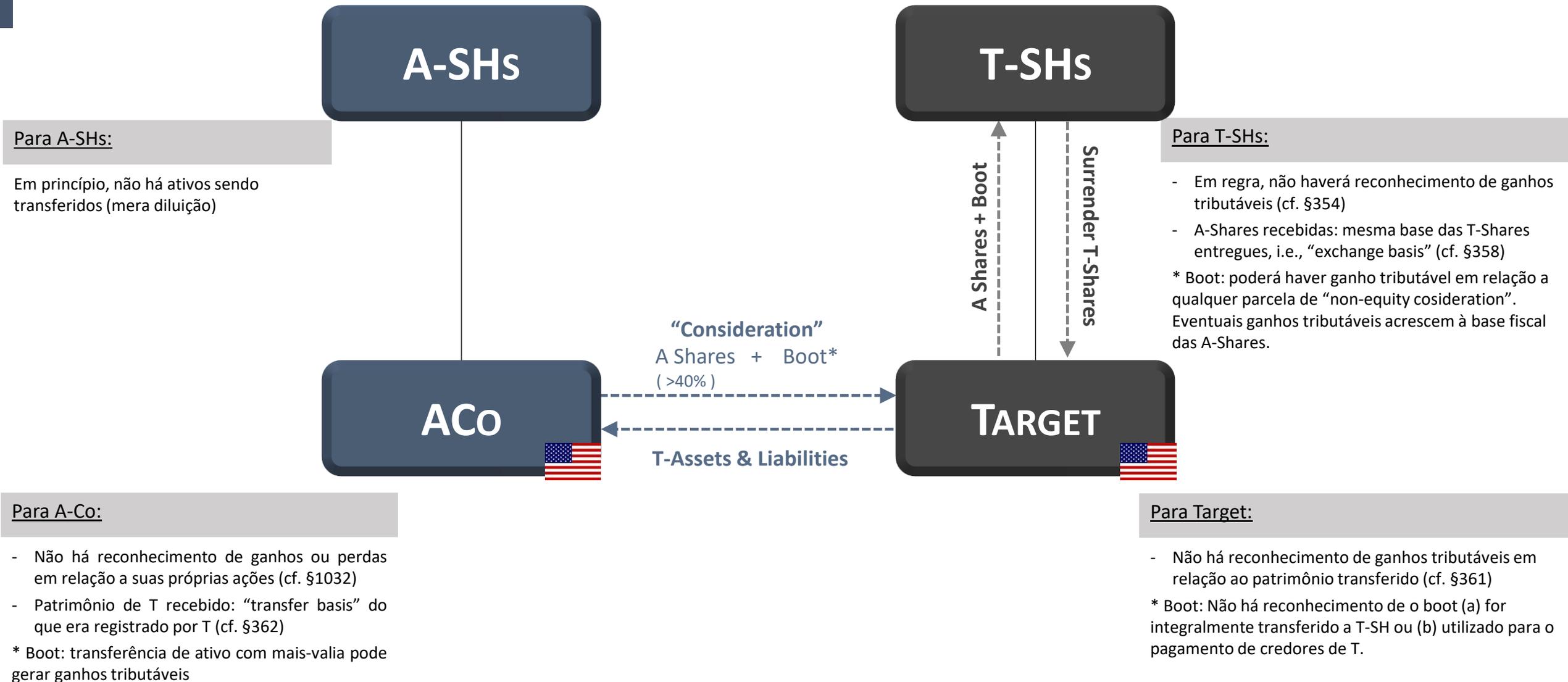
EXEMPLO 1 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - TYPE A MERGER



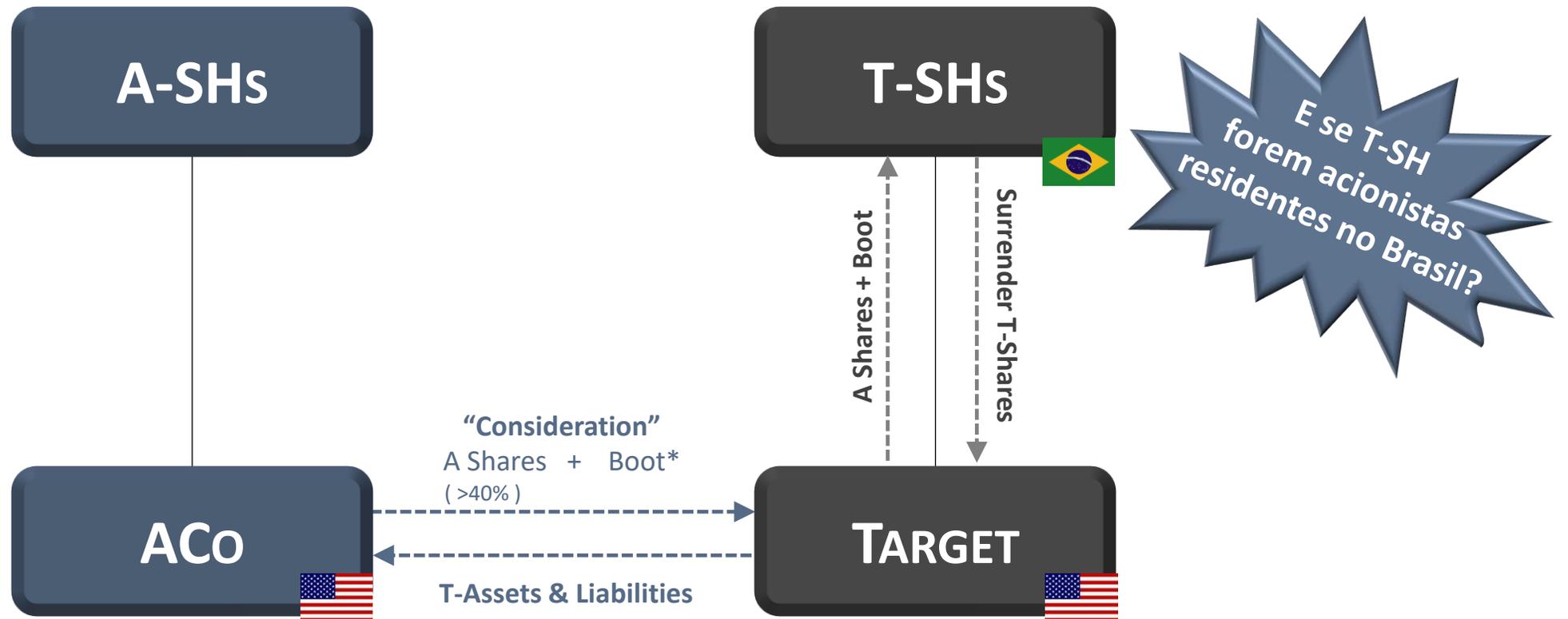
EXEMPLO 1 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - TYPE A MERGER



EXEMPLO 1 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - TYPE A MERGER



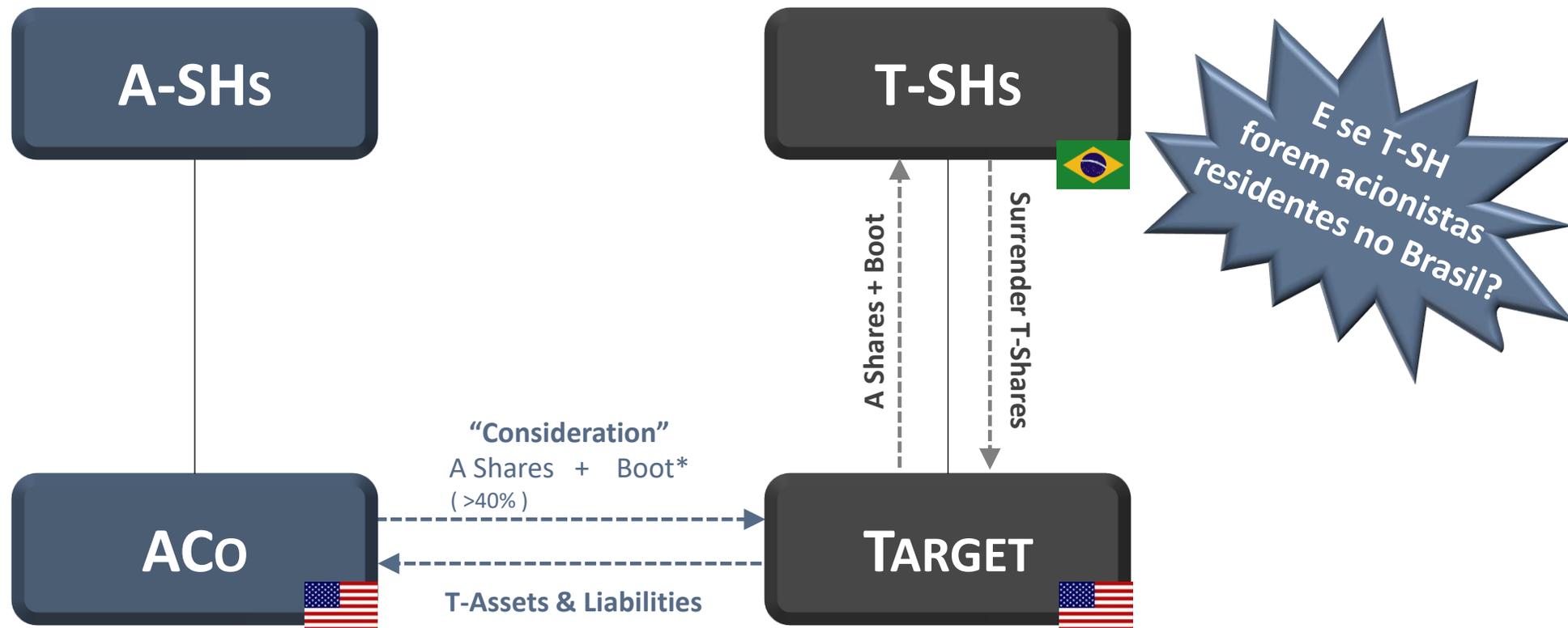
EXEMPLO 1 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - TYPE A MERGER



- De forma geral, operações de incorporação não seriam hábeis a ensejar qualquer ganho tributável para os acionistas*.
 - Isso porque, as ações da incorporadora são recebidas em substituição às ações da incorporada numa típica hipótese de continuidade patrimonial.
 - Em outras palavras, não haveria hipótese de alienação de ativos, mas mera substituição de um investimento por outro em operação que importa sucessão.
 - Como o fato gerador do IR requer a "aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica" de renda, os acionistas não aufeririam qualquer ganho, mas apenas substituiriam seus investimentos — que, antes da operação encontravam concentrados por meio de Target e que, após a operação, passaram então a serem detidos no nível de ACo.

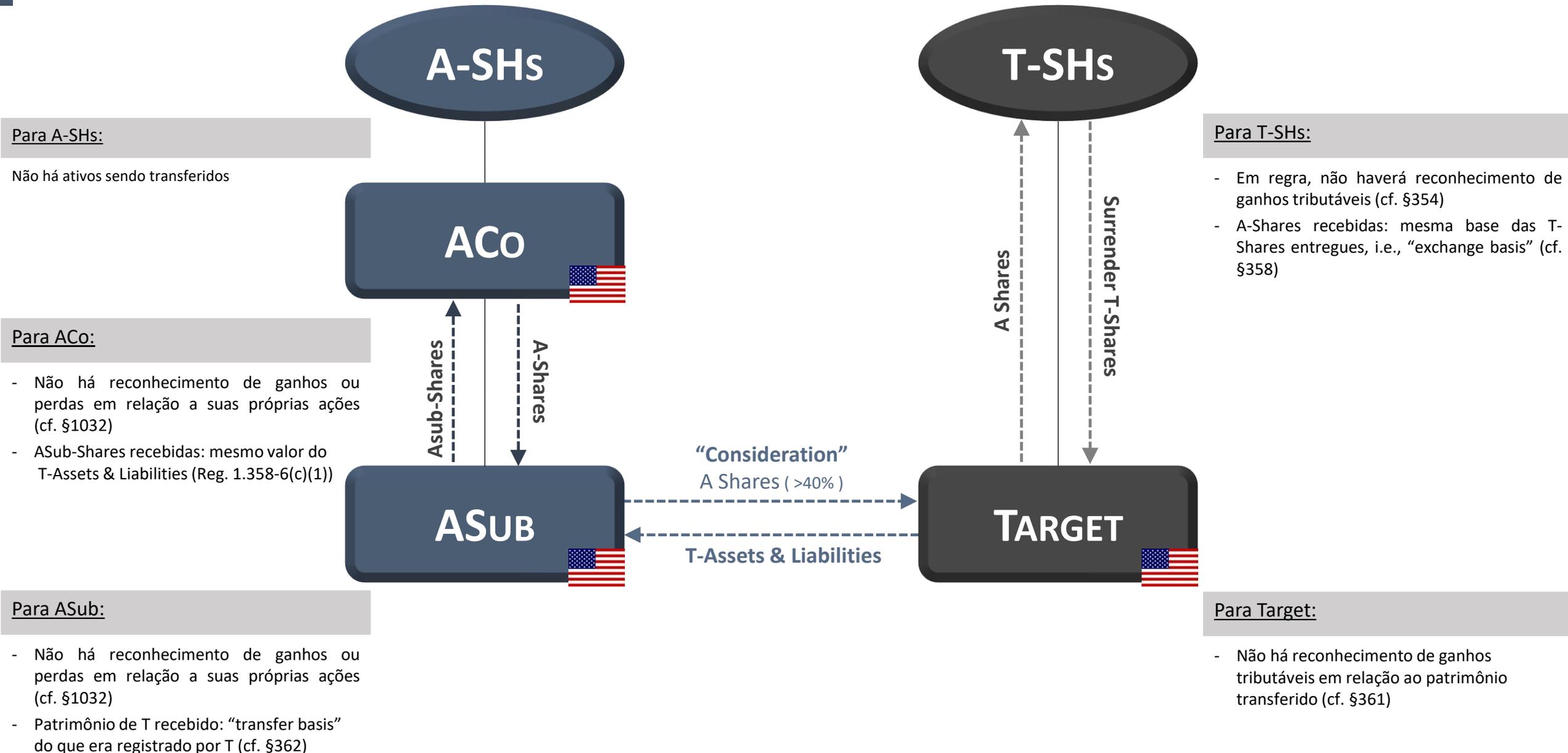
* **Mas...** há autuações da RFB em sentido diverso. Em ao menos duas oportunidades (cf. Acórdãos n. 1401-002.821 (14.08.2018) e 1402-004.537 (11.03.2020)), o CARF, por voto de qualidade, afastou a neutralidade das incorporações de sociedades para entender que a substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora ensejaria o reconhecimento de ganhos tributáveis.

EXEMPLO 1 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - TYPE A MERGER

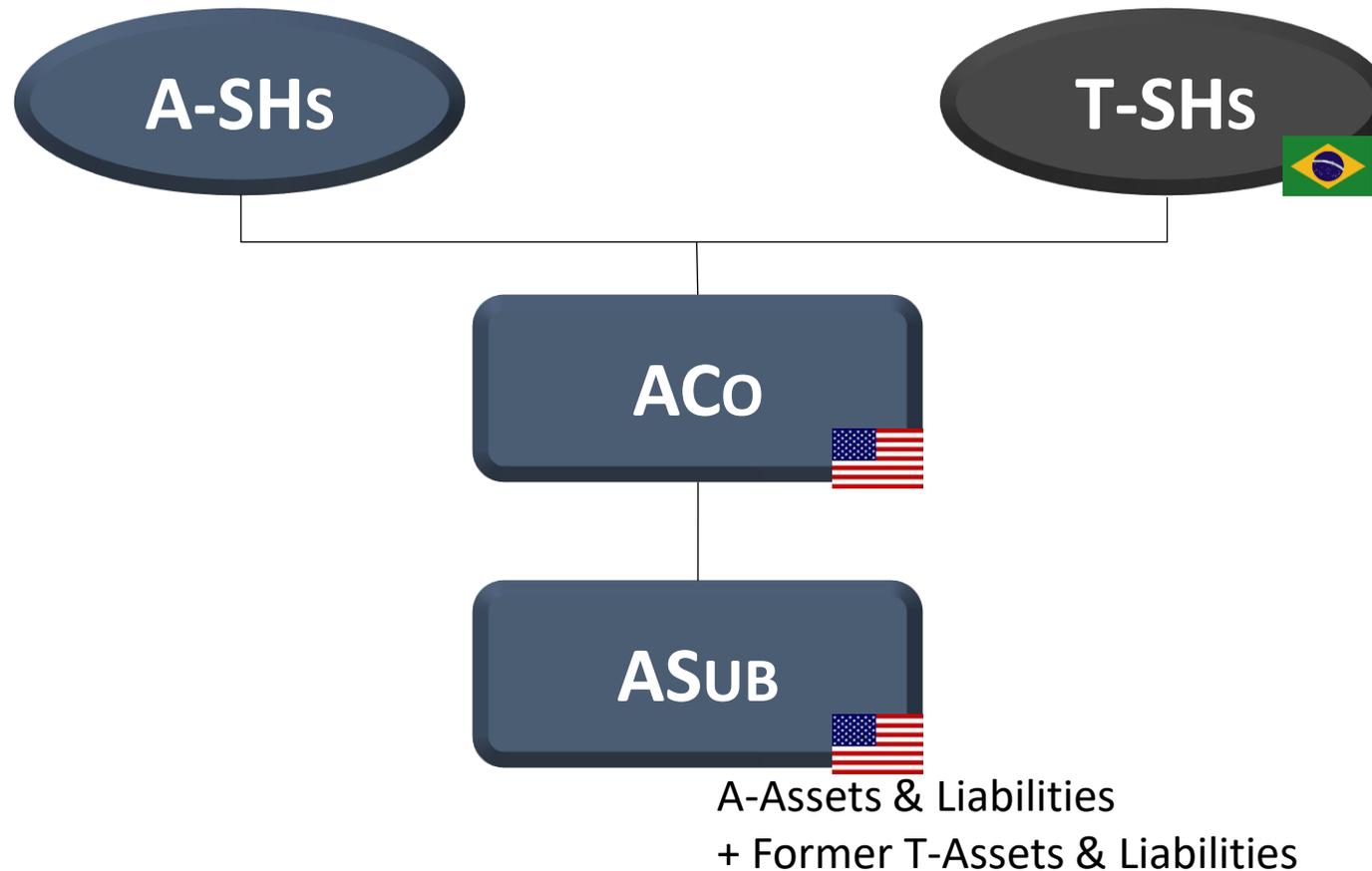


- Essa conclusão variaria em função dos critérios de mensuração pelos quais a operação seria registrada de acordo com o US GAAP?
- Variações entre o valor patrimonial do investimento em Target e do investimento em ACo?
- E se a operação ensejasse aquisição do controle por acionista brasileiro (combinação de negócios)? Qual o tratamento de eventual *goodwill*?
- Qual seria o tratamento de eventuais lucros de Target ainda não tributados pelo TBU? (art. 8º, §5º da IN n. 1.520/14?)
- Se a operação ensejar baixa do investimento em Target, com o reconhecimento do montante acumulado de VCs no resultado de T-SH, há risco de aplicação estendida do entendimento manifestado pela SC COSIT n. 39/21 (i.e., PIS e COFINS sobre VC)?

EXEMPLO 2 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - FORWARD TRIANGULAR A



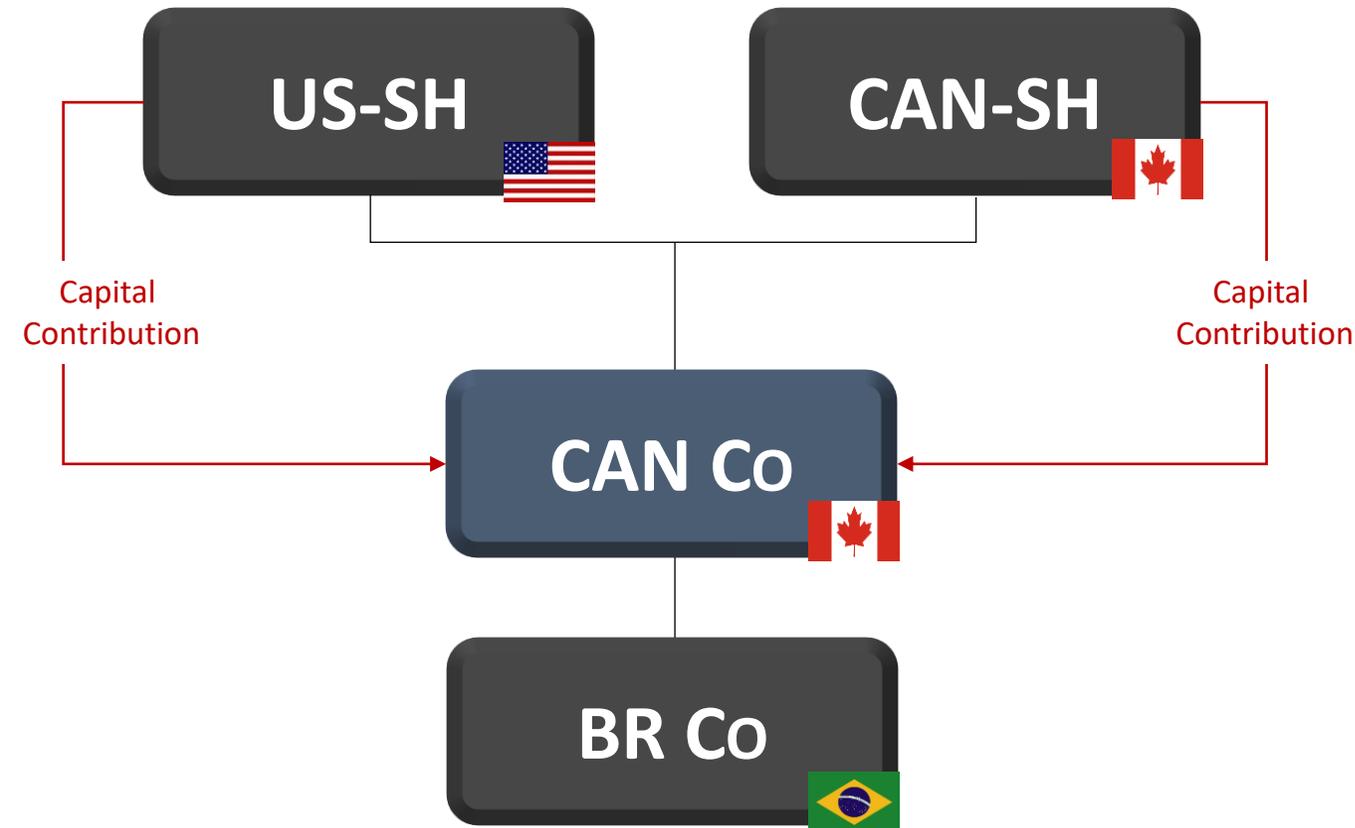
EXEMPLO 2 | CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO - FORWARD TRIANGULAR A



E nesse caso?
Como a Reorg
seria percebida no BR?

- Como a operação seria tratada sob a perspectiva brasileira? Seria como se T-SH recebesse ações de ASUB e, subsequentemente, conferisse essas ações ao capital de ACo?
- Ou alternativamente, poderia pensar-se em lógica semelhante àquela utilizada pela Reg. 1.358-6(c)(1) para atribuir a base fiscal para ACo (i.e., como se ACo incorporasse a Target e depois realizasse o drop-down dos seus ativos para ASUB)?

EXEMPLO 3 | TRATAMENTO FISCAL DA OPERAÇÃO E TIMING MISMATCH [1]

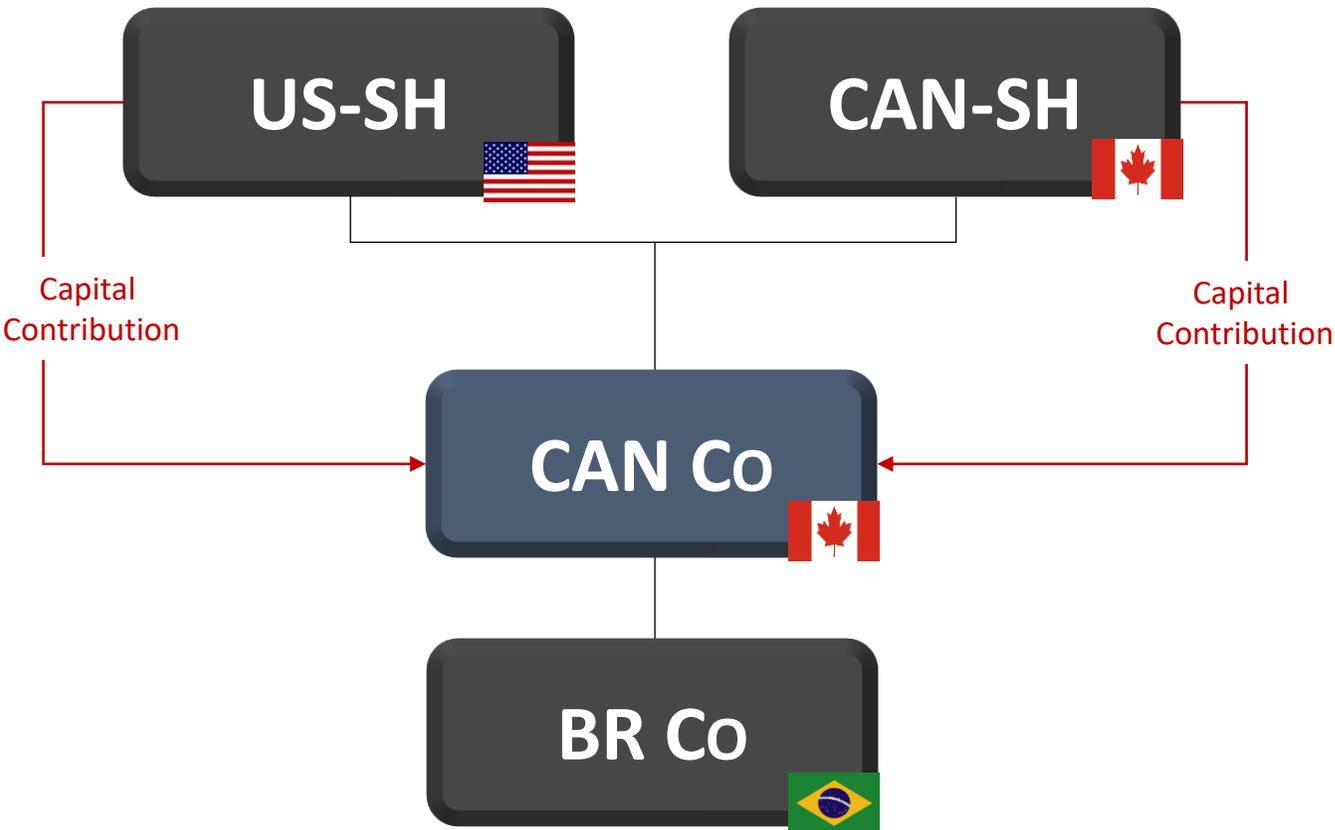


EUA

- Como regra geral, qualquer disposição de ativos é hábil a ensejar a realização de ganhos tributáveis (cf. §1001).
- Contudo, em reorganizações societárias envolvendo contribuições em aumento de capital há previsões específicas que visam garantir neutralidade à operação.
- Em um cenário puramente doméstico no qual um US-SH transfere ativos para uma USCo, recebendo ações dessa empresa e mantendo controle após a operação:
 - US-SH: §351(a) estabelece o não reconhecimento de ganhos tributáveis para o acionista e §358(a) estabelece que a base nas ações recebidas será a mesma dos ativos transferidos (“exchange basis”).
 - USCo: §1032 estabelece o não reconhecimento de ganhos em relação a suas próprias ações e o §362(a) estabelece que a base nos ativos recebidos será a mesma daquela originalmente registrada pelo US-SH (“transferred basis”).
- Contudo, em uma reorganização internacional há regras especiais que podem ser aplicáveis para “turn off” as chamadas “nonrecognition provisions”.
- No exemplo, estaríamos diante de uma reorganização classificada como “outbound” e, portanto, a §367(a) torna-se aplicável. Em outras palavras, a §367(a) irá “override” o “nonrecognition” estabelecido pelo §351 e a operação poderá gerar ganhos tributáveis para US-SH, a não ser que determinados requisitos sejam observados*.
- Assim, caso referidos requisitos sejam verificados a operação não geraria ganhos tributáveis para o US-SH.

* Por exemplo, o US-SH pode celebrar um GRA (“Gain Recognition Agreement”) – cf. §1.367(a)-3(b).

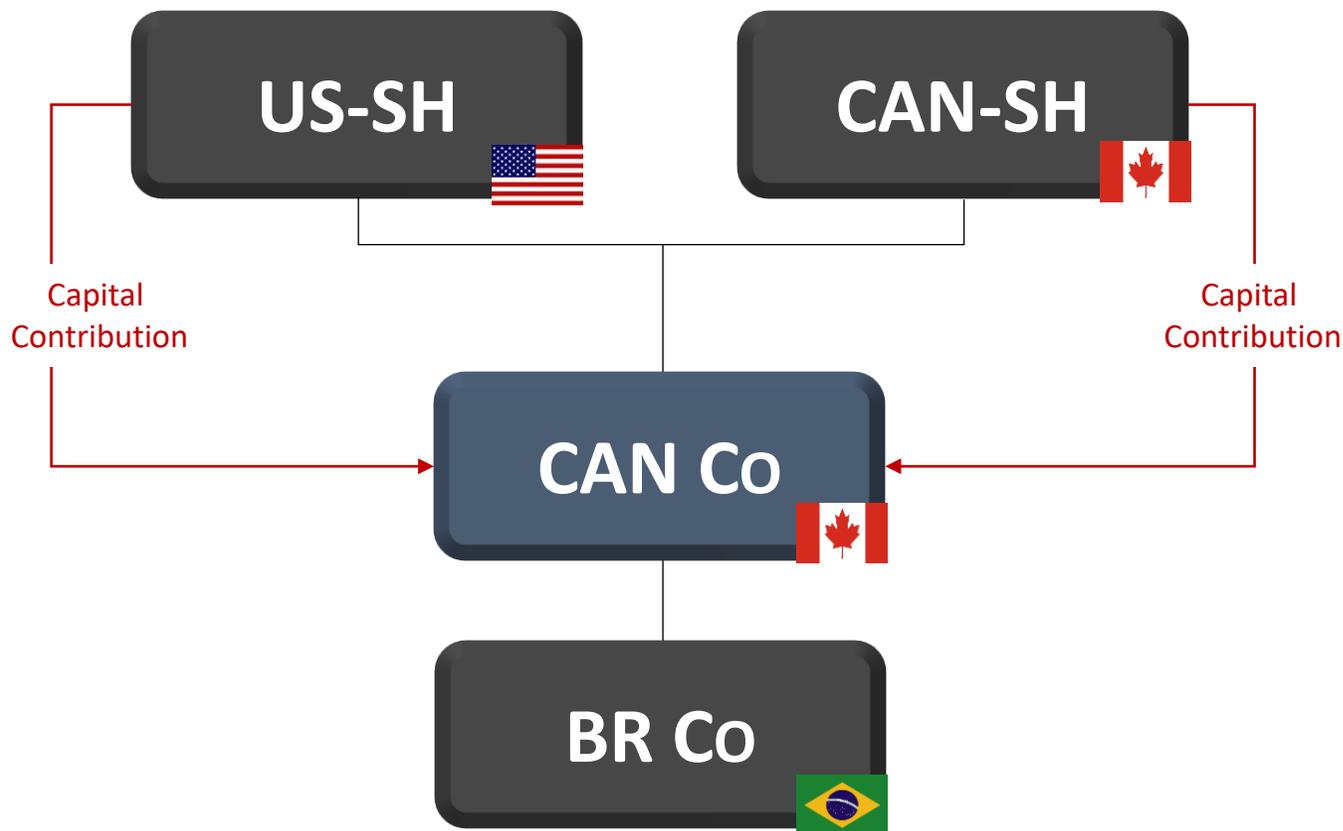
EXEMPLO 3 | TRATAMENTO FISCAL DA OPERAÇÃO E TIMING MISMATCH [2]



CANADA

- Também no Canadá, a alienação de ativos é hábil a ensejar a realização de ganhos tributáveis (ITA 69(1)(b)), havendo regras específicas que buscam garantir neutralidade fiscal relativamente às reorganizações societárias.
- No exemplo em questão, a ITA §85(1) permite que o contribuinte que realiza a transferência de determinadas categorias de ativos para uma sociedade canadense e que recebe em contrapartida ações de sua emissão, desde que observados determinados requisitos, possa eleger conjuntamente com a entidade o montante pelo qual a alienação deverá ser considerada para fins fiscais. Esse montante não deve ser inferior ao custo do ativo, nem superior ao seu FMV. Essa eleição permite, portanto um “rollover basis” do ativo transferido para as ações recebidas.
- Assim, atendidos os requisitos previstos pela legislação:
 - Se a transferência das ações de BRCo é realizada, para fins fiscais, pelo seu respectivo custo de aquisição, CAN-SH não apurará ganhos tributáveis e a base que passará a ter nas ações de CANCo recebidas na operação será igual aquela das ações de BRCo contribuídas.
 - Se a transferência das ações de BRCo é realizada, para fins fiscais, por qualquer valor superior ao seu custo de aquisição, CAN-SH reconhecerá ganho de capital tributável e a base que passará a ter nas ações de CANCo recebidas na operação será igual aquela atribuída as ações de BRCo contribuídas.
 - Em relação a CANCo, as ações de BRCo recebidas na operação terão a mesma base fiscal atribuída na transferência, conforme a eleição conjuntamente realizada pela entidade e pelo acionista.

EXEMPLO 3 | TRATAMENTO FISCAL DA OPERAÇÃO E TIMING MISMATCH [3]



E NO BRASIL?

- Como regra geral, operações que importam alienação de “bens localizados no Brasil” sujeitam-se à apuração de ganhos de capitais tributáveis no País, ainda que as partes da operação sejam residentes no exterior (cf. art. 26 da Lei n. 10.833/03).
- Aplicação e alcance do art. 23 da Lei n. 9.249/95*?
- Alcance da redação proposta pelo art. 17 do PL 2.377/21? (não consta do substitutivo de 13.07)
- Bases fiscais para fins tributários nos EUA e Canadá X Montantes refletidos na documentação societária e demonstrações financeiras?
- Em sendo possível realizar a operação a valor de custo para fins societários e contábeis, qual custo?
 - Necessidade de documentação hábil e idônea para comprovação e, na ausência desse material, o custo será igual a zero (cf. art. 26, §3º e 4º IN SRF 208/02).
 - Dificuldades e ausência de critérios claros para determinação dos efeitos sobre o custo em reorganizações societárias prévias realizadas no exterior.
- Custo determinado em moeda estrangeira ou em real***?

* “Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando [as regras de DDL].

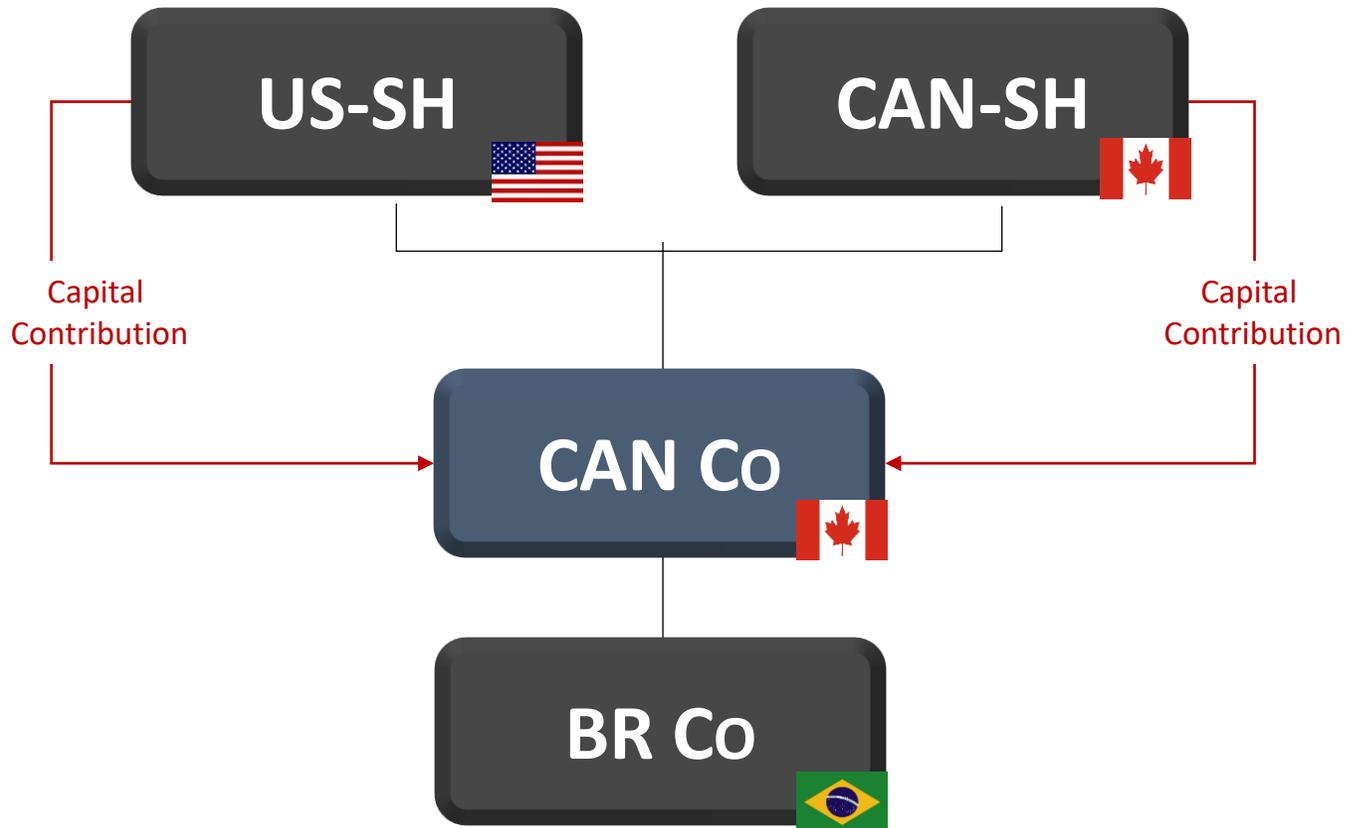
§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.”

** “Art. 17. A pessoa física ou jurídica que transferir ativo ao patrimônio de pessoas jurídicas ou entidades não personificadas residentes ou domiciliadas no exterior em operações de integralização de capital deverá avaliá-lo pelo valor de mercado.

[...] § 2º A diferença a maior entre o valor de mercado do ativo transferido será considerada ganho de capital e deverá ser computada na determinação da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza e da CSLL em relação: I - ao valor constante da declaração de bens, na hipótese de transferências realizadas por pessoa física; ou II - ao seu valor contábil, na hipótese de transferências realizadas por pessoa jurídica.”

*** Art. 18 da Lei n. 9.249/96 estende aos não residentes as regras de apuração de ganhos de capital aplicáveis aos residentes no país. Art. 26 da IN SRF n. 208/02 indica a aplicação das normas aplicáveis às pessoas físicas residentes no país. Em relação às pessoas físicas residentes no país, art. 24 da MP n. 2.158-35/01 e regulamentação pela IN SRF n. 118/00, diferenciam a apuração conforme o investimento tenha sido adquirido com rendimentos auferidos originariamente em reais ou em moeda estrangeira. Contudo, art. 23 da IN RFB 1.455/14 e art. 745, §1º do RIR/2018, passaram a indicar apuração “em reais”.

EXEMPLO 3 | TRATAMENTO FISCAL DA OPERAÇÃO E TIMING MISMATCH [4]

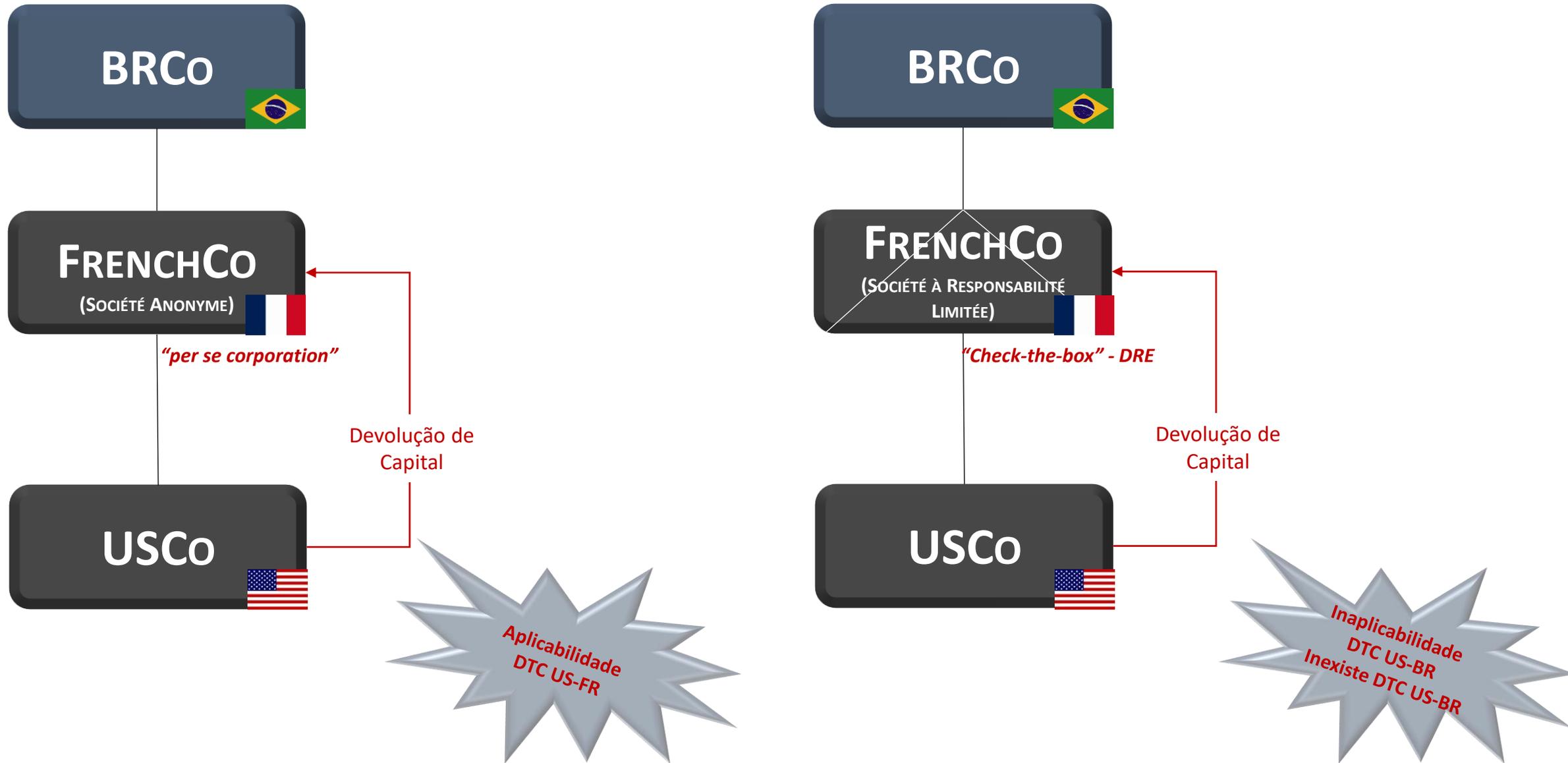


E NO BRASIL? (cont.)

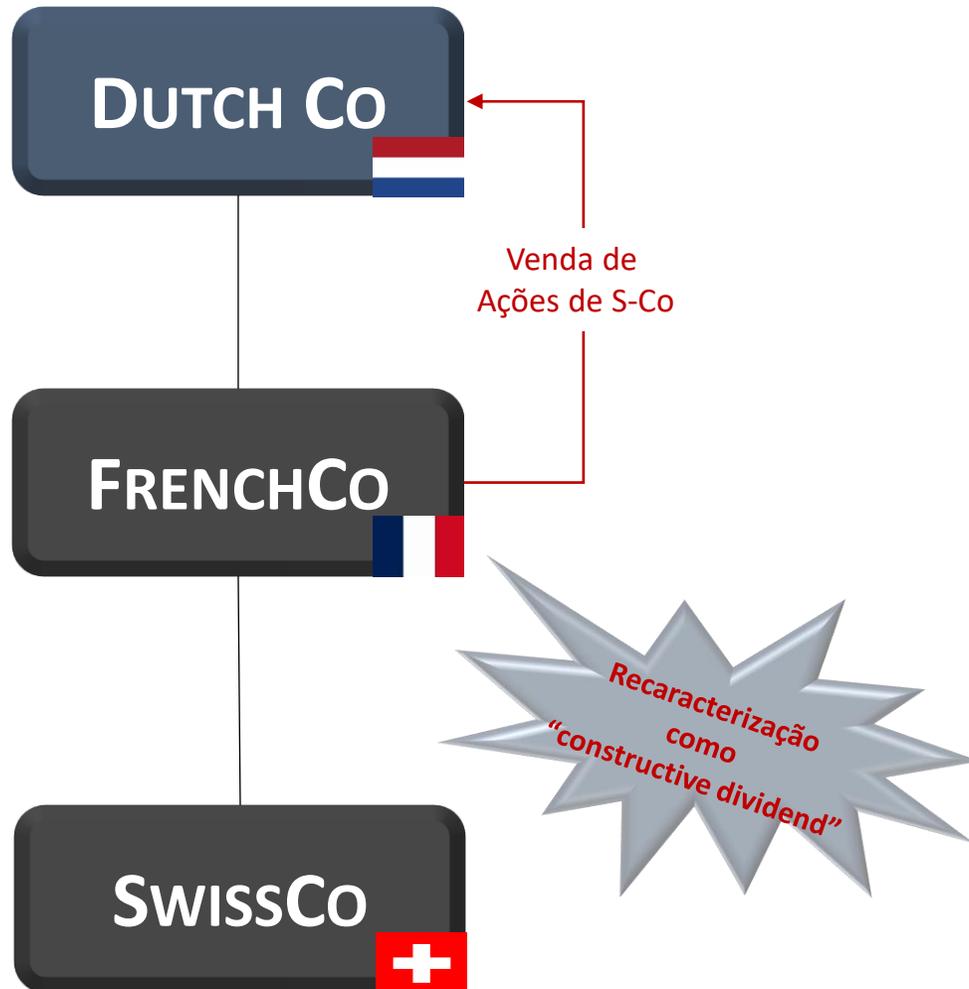
- Ineficiências do eventual imposto de renda a ser pago no Brasil e questões de dupla tributação?
- Inexistência de tratado para evitar a dupla tributação com EUA.
- Legislação doméstica prevê a possibilidade de aproveitamento de FTC. Contudo, será necessário analisar “sourcing rules” (em geral, ganhos de teriam como fonte a residência do contribuinte – cf. §865), já que o creditamento precisará atender as §904 limitations que requerem FSI.
- Em relação ao Canadá, o Brasil celebrou tratado para evitar a dupla tributação. O Artigo 13(2) desse acordo admite a tributação de ganhos em ambos os Estados Contratantes (sem qualquer limitação de alíquota).
- Em princípio, o Artigo 23(2) adota o método do crédito para eliminação da dupla tributação. Esse método considera o “crédito ordinário” e, no exemplo, CAN-SH pode não ter reconhecido nenhum ganho tributável na operação.
- Ainda que seja devido o creditamento, a convenção não contém regras específicas para solucionar questões de “timing mismatch”. Comentários à CM OCDE (reproduzidos pela ONU)* indicam que o Estado de residência deve buscar oferecer mecanismos para garantir o crédito (e.g., *carry forward*).
- Na prática, contudo, pode haver uma série de dificuldades na efetiva utilização desse FTC.
- Seria então interessante avaliar a possibilidade de se aproveitar da eleição admitida pelo ITA 85? (i.e., adotar montante compatível com eventual exposição tributária no Brasil de modo a gerar um creditamento imediato e *step up*?)

* “Since both Articles 23 A and 23 B require that relief be granted where an item of income or capital may be taxed by the State of source in accordance with the provisions of the Convention, it follows that such relief must be provided regardless of when the tax is levied by the State of source. The State of residence must therefore provide relief of double taxation through the credit or exemption method with respect to such item of income or capital even though the State of source taxes it in an earlier or later year.”

EXEMPLO 4 | QUESTÕES DE TREATY ENTITLEMENT



EXEMPLO 5 | RECARACTERIZAÇÃO DO RENDIMENTO E QUALIFICAÇÃO NO DTC



Case No. 93PA00572

Cour administrative d'appel de Paris, 2e chambre

- Autoridades fazendárias francesas pretenderam impor WHT sobre a parcela do pagamento recaracterizada como dividendos.
- O Artigo 10(2) do DTC permitia o exercício da jurisdição fiscal do Estado de fonte dos dividendos limitado a 15%
- Mas o Artigo 10 do DTC, que tratava de “income from shares” seria, de fato, aplicável ao caso?
- Como o ajuste imposto pela legislação doméstica francesa decorria de uma operação de compra e venda e não de um “corporate right”, a corte administrativa entendeu que o Artigo 10 não seria aplicável.
- Segundo a corte administrativa, a previsão aplicável seria aquela do Artigo 22, que tratava de “outros rendimentos” e que atribuía competência exclusiva para o Estado de residência. Desse modo, o WHT francês deveria ser afastado.

OBSERVAÇÃO: Para direcionar situação análoga, interessante mencionar posição adotada pela Dinamarca, que apresentou reserva em relação ao Artigo 10(3) para que, em determinados casos, possa qualificar como “dividendos” o preço de venda de ações.

Siga a ABDF nas mídias sociais



@abdfifabrasil



@abdf_ifabrasil



@abdfifabrasil



ABDF Direito Financeiro



www.abdf.com.br

