

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A DIRETIVA ANTI-ELISÃO FISCAL: DO REGIME ANTI-HÍBRIDOS EM ESPECIAL

Maria Rebelo Afonso d'Albuquerque

TESE DE MESTRADO CIENTÍFICO

MESTRADO EM DIREITO

(Área de Especialização: Ciências Jurídico-Económicas)

2017

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A DIRETIVA ANTI ELISÃO FISCAL: DO REGIME ANTI-HÍBRIDOS EM ESPECIAL

Maria Rebelo Afonso d'Albuquerque

TESE ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR
GUSTAVO ANDRÉ SIMÕES LOPES COURINHA

MESTRADO EM DIREITO
(Área de Especialização: Ciências Jurídico-Económicas)

2017

RESUMO

A presente tese, intitulada por “A Diretiva Antielisão Fiscal: do regime anti-híbridos em especial” propõe-se proceder ao estudo aprofundado das assimetrias híbridas como técnica de planeamento fiscal agressivo. É deste modo analisado o elenco de figuras híbridas vertidas no Relatório *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, bem como no Relatório *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, ambos incidentes sobre as soluções indicadas para neutralizar os resultados de dupla não tributação decorrentes da utilização das ditas figuras.

Subsequentemente, é avaliada a forma como a presente temática foi objeto de regulação europeia, nomeadamente por via da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do Mercado Interno (Diretiva ATAD I), bem como da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros (Diretiva ATAD II).

Neste sentido, é estabelecido um comparativo entre o regime instituído pela Diretiva ATAD I e ATAD II, bem como as soluções daí constantes e a sua respetiva compatibilidade com as soluções apresentadas no âmbito dos trabalhos do BEPS realizados sobre o fenómeno das assimetrias híbridas. Consequentemente, as soluções apresentadas a nível europeu serão objeto de escrutínio, sendo a sua viabilidade para a neutralização dos resultados assimétricos aqui discutida.

É fornecido um enquadramento dogmático dos vários tipos de assimetrias híbridas identificadas e suas respetivas estruturas, bem como das características inerentes a este tipo de fenómeno, com o objetivo de contribuir para uma melhor compreensão da presente temática.

Finalmente, esta tese procede a uma abordagem das questões práticas emergentes da aplicação do regime constante da Diretiva ATAD II, nomeadamente o tratamento fiscal previsto para cada assimetria, a existência de cláusulas de salvaguarda e a ausência de esclarecimento quanto à interação dos artigos relevantes para a aplicação das soluções no que respeita aos estabelecimentos estáveis não tidos em conta.

Palavras-Chave: Diretiva Antielisão Fiscal, assimetrias híbridas, planeamento fiscal agressivo, BEPS, neutralização.

ABSTRACT

The present thesis, entitled “The Anti-tax Avoidance Directive: in particular the anti-hybrid regime”, proposes an elaborate study on hybrid mismatch arrangements as an aggressive tax planning scheme.

The set of hybrid mismatch arrangements is thereby subject to analysis, with reference to the OECD Reports *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report* and also *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, being appointed, within the context of the aforementioned Reports, a group of solutions aimed at neutralising the double non-taxation outcomes achieved by these types of schemes.

Therefore, it shall be assessed the way the present topic is subject to legal action by the European Union, namely by means of the COUNCIL DIRECTIVE (EU) 2016/1164 of 12th June 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market (ATAD I), and by means of the COUNCIL DIRECTIVE (EU) 2017/952 of 29th May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries (ATAD II).

In this sense, a comparison between the regime implemented by ATAD I and ATAD II, the legal solutions therein enshrined and its compatibility with the solutions presented with the context of the BEPS in respect to hybrid mismatch arrangements phenomena is to be established. Consequently, the European legal solutions are hereby under scrutiny, being its viability to neutralise the asymmetrical outcomes herein discussed.

It is provided a legal framework on the different types of hybrid mismatch arrangements identified, as well as its respective structures and inherent features to the current phenomena, with the aim at contributing for a better understanding of the present subject. Finally, this thesis shall carry out an approach regarding the practical issues emerging from the application of the ATAD II regime, namely the foreseen tax treatment for each hybrid mismatch arrangement, the existence of safeguard clauses and the absence of proper clarification in respect to the interaction of the relevant articles for the application of the solutions within the context of disregarded permanent establishments.

Key words: Anti-tax Avoidance Directive, hybrid mismatch arrangements, aggressive tax planning, BEPS, neutralisation.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUÇÃO	15
I. CONTEXTUALIZAÇÃO E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO.....	19
1. O PROJETO BEPS, O CONCEITO DE PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO E O PACOTE ANTIELISÃO FISCAL.....	19
2. A PROPOSTA DE DIRETIVA QUE ESTABELECE REGRAS CONTRA AS PRÁTICAS DE ELISÃO FISCAL QUE AFETAM DIRETAMENTE O FUNCIONAMENTO DO MERCADO INTERNO.....	42
2.1. INTRODUÇÃO	42
2.2. OUTRAS MEDIDAS	44
2.3. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS	55
2.4. BREVES COMENTÁRIOS	61
3. A DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016, QUE ESTABELECE REGRAS CONTRA AS PRÁTICAS DE ELISÃO FISCAL QUE TENHAM INCIDÊNCIA DIRETA NO FUNCIONAMENTO DO MERCADO INTERNO (DIRETIVA ATAD I).....	63
3.1. INTRODUÇÃO	63
3.2. OUTRAS MEDIDAS	66
3.3. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS	76
3.4. BREVES COMENTÁRIOS	80
3.5. BASE JURÍDICA, SUBSIDIARIEDADE E PROPORCIONALIDADE	84
4. A DIRETIVA (UE) 2017/952 DO CONSELHO DE 29 DE MAIO DE 2017 QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2016/1164 NO QUE RESPEITA A ASSIMETRIAS HÍBRIDAS COM PAÍSES TERCEIROS (DIRETIVA ATAD II)	90
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	90
II. AS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS.....	97
1. INTRODUÇÃO À TEMÁTICA.....	97
2. CARACTERÍSTICAS COMUNS	99
2.1. A EXISTÊNCIA DE DISPARIDADES	99

2.2. O CONFLITO DE QUALIFICAÇÃO.....	107
2.3. OS RESULTADOS OBTIDOS	111
2.4. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS PARTES E A ASSIMETRIA.....	115
2.4.1. CRITÉRIOS DE CONEXÃO OBJETIVOS	117
2.4.2. CRITÉRIOS DE CONEXÃO SUBJETIVOS.....	122
3.FIGURAS HÍBRIDAS IDENTIFICADAS E RESPETIVA NEUTRALIZAÇÃO.....	127
3.1. OS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS E AS TRANSFERÊNCIAS HÍBRIDAS	127
3.2. ENTIDADES HÍBRIDAS	136
3.2.1. ENTIDADES TRANSPARENTES	137
3.2.2. ENTIDADES HÍBRIDAS INVERSAS (REVERSE HYBRIDS)	144
3.2.3. ENTIDADES DUPLAMENTE RESIDENTES	147
3.3. ASSIMETRIAS IMPORTADAS	148
3.4. ESTABELECIMENTOS ESTÁVEIS HÍBRIDOS	157
3.4.1. ESTABELECIMENTOS ESTÁVEIS DESCONSIDERADOS (DISREGARDED BRANCH STRUCTURE) E ESTRUTURAS DESVIADAS (DIVERTED BRANCH PAYMENTS)	159
3.4.2. PAGAMENTO TEÓRICO EFETUADO POR UM ESTABELECIMENTO ESTÁVEL (DEEMED BRANCH PAYMENTS).....	162
3.4.3. PAGAMENTOS DUPLAMENTE DEDUTÍVEIS.....	165
3.4.4. ASSIMETRIAS IMPORTADAS COM ESTABELECIMENTO ESTÁVEL.....	166
III. O QUADRO LEGISLATIVO EUROPEU EM MATÉRIA DE ASSIMETRIAS HÍBRIDAS.....	169
1. ÂMBITO OBJETIVO E ÂMBITO SUBJETIVO	169
2. A INTERAÇÃO DO ARTIGO 2.º E DOS ARTIGOS 9.º, 9.º-A E 9.º-B.....	173
3. O TRATAMENTO FISCAL DAS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS	175
3.1. INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS E TRANSFERÊNCIAS HÍBRIDAS	175

3.2. ENTIDADES HÍBRIDAS	178
3.3. ESTABELECIMENTOS ESTÁVEIS HÍBRIDOS	184
3.4. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS IMPORTADAS	189
CONCLUSÕES.....	191
BIBLIOGRAFIA	211

ABREVIATURAS

ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CESE	Comité Económico e Social Europeu
CFC	Controlled Foreign Companies
CFE	Confédération Fiscale Européenne
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
D/D	Dupla Dedução
D/NI	Dedução com correspondente não inclusão
DOTAS	Disclosure of Tax Avoidance Schemes
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
ECOFIN	Conselho de Assuntos Económicos e Financeiros
EE	Estabelecimento Estável
EEE	Espaço Económico Europeu
FTA	Forum on Tax Administration
G20	Grupo constituído por ministros da economia e presidentes de bancos centrais dos 19 países de economias mais desenvolvidas do mundo mais a União Europeia
GAAR	General Anti-Abuse Rule
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
PPT	Principle Purpose Test
SCE	Sociedade Cooperativa Europeia
SE	Sociedade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A falta de harmonização fiscal evidenciada é responsável por gerar distorções ao nível do Mercado Interno e constitui um desvio aos princípios orientadores desta política comum. Proporciona, também, situações de dupla não tributação deliberadamente provocadas pelos contribuintes, que procuram assim beneficiar de um tratamento fiscal mais favorável.

A necessária transição do atual quadro legislativo europeu no domínio fiscal para um modelo mais uniformizado requer, *inter alia*, a harmonização de normas que visem eliminar tais distorções no Mercado Interno, distorções estas que são acentuadas por técnicas de planeamento fiscal agressivo, tendencialmente perpetradas por multinacionais¹, que se aproveitam das disparidades entre os sistemas fiscais dos Estados-membros, por forma a reduzir a sua carga fiscal.

O recurso a técnicas de planeamento desta índole, concede a oportunidade, a certos tipos de contribuintes, de beneficiarem de taxas de tributação reduzidas, de duplas deduções, ou de assegurar que os seus rendimentos sejam excluídos da base tributável de uma jurisdição e, simultaneamente, dedutíveis do outro lado da fronteira².

Dos vários tipos de esquemas estudados por determinados contribuintes com vista à obtenção indevida de vantagens fiscais, destacam-se os esquemas assentes na existência de assimetrias híbridas - *hybrid mismatch arrangements* – que, ao serem sujeitas a tratamento fiscal diferente, culminam com resultados discrepantes que permitem ao contribuinte auferir de uma vantagem fiscal que de nenhum outro modo seria conseguida.

As assimetrias híbridas foram objeto de estudo pela OCDE, no âmbito do Projeto BEPS, onde foram consagradas várias soluções normativas com vista a neutralizar os seus efeitos, e figuram como o foco principal da presente tese.

¹ Não apenas multinacionais, mas também contribuintes de elevado valor acrescentado.

² Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno, de 28 de janeiro de 2016, COM (2016) 26 final, p. 3.

Estas soluções foram transpostas, com as devidas adaptações, para o Ordenamento Jurídico Europeu, ao se verificar que as mesmas técnicas de planeamento fiscal agressivo que ocorrem no plano internacional são também utilizadas a nível Europeu.

A urgente mudança de paradigma no modelo de tributação vigente, com vista à erradicação de tais práticas, tem vindo, ao longo do tempo, a assumir crescente relevância na agenda político-financeira europeia, consubstanciando um objetivo político de carácter prioritário, amplamente discutido no seio da União Europeia que, como membro da OCDE, participou ativamente no desenvolvimento do projeto BEPS.

As recomendações emitidas pela OCDE no âmbito do referido projeto foram bem acolhidas pela União, pese embora a sua transposição e respetiva adaptação para o Ordenamento Jurídico Europeu constitua um verdadeiro desafio, atendendo às especificidades inerentes a este tipo de Ordenamento.

Com efeito, a implementação coordenada de medidas juridicamente vinculativas no domínio da fiscalidade exige a convergência de interesses por parte dos Estados-membros nesse mesmo sentido. Tal não se afigura uma tarefa de fácil concretização, muito pelo contrário, traduz-se num processo longo e demorado, atendendo à necessidade de proceder a uma reestruturação uniformizada, com vista a alcançar uma política fiscal comum, sem que a mesma seja conflituante com as normas provenientes do Ordenamento Jurídico de cada Estado-membro.

Não obstante, foram vários os estudos realizados no seio da União Europeia, com particular destaque para os trabalhos realizados pela Comissão Europeia e pelo ECOFIN. A análise exaustiva das diferentes possibilidades de abordagem do fenómeno da erosão da base tributável e transferência de lucros no contexto europeu, na linha do já outrora recomendado pela OCDE, convergiu num projeto desenvolvido pela Comissão Europeia, o Pacote Antielisão Fiscal, no qual a Diretiva ATAD I constava como elemento integrante e, bem assim, culminou com a assunção de um compromisso comum, aquando da sua adoção numa reunião sem debate do Conselho ECOFIN³.

³ Outcome of the Council Meeting of 17th June 2016, Economic and Financial Affairs Council, PRESSE 35, p. 4.

O acordo político foi alcançado, na sequência de um procedimento de assentimento tácito que terminou em 20 de junho de 2016 sem que qualquer Estado-membro levantasse objeções, e a Diretiva ATAD I foi assim publicada em Jornal Oficial da União Europeia a 19 de julho de 2016, com entrada em vigor 20 (vinte) dias após a sua publicação, revelando-se um verdadeiro instrumento de combate à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo no domínio da tributação de sociedades, regulando várias matérias.

De entre as matérias reguladas pela Diretiva ATAD I, de onde se destacam as assimetrias híbridas, cujo tratamento fiscal foi, pela primeira, vez regulado a nível europeu, considera-se a Diretiva ATAD I como pioneira na implementação de um regime orientado para a correção das situações de dupla não tributação provocadas por este tipo de assimetrias.

Tratou-se, no entanto, de um regime de carácter provisório, uma vez que já se encontrava prevista a edificação de um regime mais elaborado, aquando da aprovação da Diretiva ATAD I, o qual fosse também aplicável a países terceiros e contemplasse um conjunto mais vasto de figuras e esquemas possíveis de culminar com resultados assimétricos.

Surgiu assim a Diretiva ATAD II, sensivelmente um ano após a entrada em vigor da Diretiva ATAD I, quase exclusivamente dedicada às assimetrias híbridas e neutralização dos seus respetivos resultados.

A questão central da presente tese reconduz-se, assim, à análise da transposição das soluções apresentadas pela OCDE, neste domínio, para o Direito Europeu, por via da aprovação da Diretiva ATAD II, sem prejuízo dos trabalhos anteriormente realizados sobre a temática.

Uma análise correta da estrutura e funcionamento das Diretivas ATAD I e ATAD II não se tornaria possível sem conhecimento prévio dos estudos e projetos que serviram de base à sua elaboração. Desta forma, o primeiro capítulo é assim dedicado à contextualização das referidas Diretivas, por referência às medidas e projetos que as

antecederam, procurando destacar os momentos relevantes que contribuíram para a edificação deste instrumento de combate à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo.

Por sua vez, no segundo capítulo as assimetrias híbridas são submetidas a escrutínio da perspectiva da dogmática, procedendo-se a um enquadramento com base nas características que todas as figuras e esquemas partilham, por forma a contribuir para uma melhor compreensão da temática, sendo, em seguida, analisados todos os tipos de figuras estudadas no âmbito do Projeto BEPS.

Por fim, o terceiro capítulo recai sobre o novo regime implementado pela Diretiva ATAD II, onde é proposta uma análise do tratamento fiscal incidente sobre cada figura e respetivos esquemas aí contemplados, onde se inclui a neutralização prevista por este novo regime. Tal análise é efetuada de forma crítica, objetivando-se o apuramento da compatibilidade do regime face às soluções propostas no âmbito da OCDE, por um lado, e a sua viabilidade prática, por outro.

I. CONTEXTUALIZAÇÃO E ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

1. O PROJETO BEPS, O CONCEITO DE PLANEAMENTO FISCAL AGRESSIVO E O PACOTE ANTIELISÃO FISCAL

I. O fenómeno do *Base Erosion and Profit Shifting*⁴ fez reunir, no plano internacional, esforços conjuntos de vários países, com vista à adoção de uma abordagem coordenada no combate a práticas nocivas no plano da tributação, nomeadamente às técnicas de planeamento fiscal agressivo.

A configuração atual das normas fiscais internacionais, assentes na aplicação dos princípios da fonte e da residência, revelou-se incapaz de acompanhar a evolução na forma como as multinacionais atualmente desenvolvem a sua atividade e auferem lucro. A digitalização e a globalização da economia criaram as condições necessárias para que novos modelos de negócios se desenvolvessem, assistindo-se a uma aplicação de normas e princípios que se encontram desatualizados face ao modo como são estruturadas as suas operações e desenhadas as suas estratégias de planeamento fiscal⁵. De acordo com MARTIN DE WILDE⁶, os principais obstáculos no atual sistema de tributação internacional são suscetíveis de subdivisão em três diferentes categorias: por um lado, a existência de distorções provocadas pela múltipla incidência de políticas fiscais de vários Estados, ao decidirem tributar operações transfronteiriças de forma distinta das operações internas (facto que, da perspetiva do Direito Europeu, frequentemente conduz à verificação de tratamentos discriminatórios e restritivos, os quais, conseqüentemente, se encontram em manifesta violação das Liberdades Fundamentais contempladas no TFUE).

Por outro lado, a ocorrência de disparidades decorrentes da falta de coordenação dos diferentes sistemas fiscais aquando da sua interação num mercado globalizado e, por fim, a inadequação dos modelos de tributação nacionais, através da aplicação de fórmulas que não raro apresentam falhas e requerem atualizações, tais como a tributação de multinacionais atendendo à residência das suas várias sociedades componentes e a

⁴ Erosão da base tributária e transferência de lucros.

⁵ Jérôme Monsenego, “A Conference on the Impact of the BEPS Project on Business Models”, *Intertax*, volume 44, Issue 10, October 2016, p. 726.

⁶ Martin de Wilde, “Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market”, *Intertax*, volume 43, Issue 6 & 7, June/July 2015, pp. 438 e 439.

metodologia utilizada para proceder à distribuição do lucro com base na origem (*origin-based profit allocation*)⁷.

O conseqüente desvio de receita alcançado através de complexas estratégias de planeamento, intentadas por multinacionais, tornou-se evidente⁸, sendo estas acusadas de se dirimirem das suas obrigações fiscais, especialmente em países subdesenvolvidos, onde a captação de receita se afigura fundamental para o financiamento das despesas de Estados que procuram alcançar níveis de desenvolvimento mais elevados. O aproveitamento de lacunas (*loopholes*) e disparidades na interação dos sistemas fiscais, conduz à segregação artificial de rendimento tributável das atividades que o geram⁹.

O presente cenário é responsável por desconstruir a ideia de que o sistema fiscal é justo e equitativo, ao passo que também afeta a confiança dos cidadãos no regular funcionamento do sistema¹⁰, aquando da perceção de que existe uma margem de desvio, dentro da qual se torna admissível que determinadas práticas sejam levadas a cabo por contribuintes, estando as mesmas isentas de qualquer consequência legal ou punibilidade.

⁷ Neste sentido, o autor alerta para a insuficiência do modelo atual de tributação das multinacionais, o qual deve ser revisto e reanalisado, e propõe um modelo de tributação assente na tributação de multinacionais como uma única entidade para efeitos fiscais (*unitary business approach*), eliminando deste modo, a tradicional separação com recurso aos critérios da fonte e da residência. Tal modelo parte do pressuposto que todos os contribuintes são sujeitos de imposto, independentemente da sua residência. Ao aglutinar todas as entidades pertencentes ao grupo empresarial, tratando-as como uma entidade única, as distorções causadas por operações económicas dentro do próprio grupo, que interferem com matérias tais como preços de transferência, fusões e cisões e empréstimos, seriam eliminadas, bem como as divergências resultantes de diferentes qualificações de conceitos como estabelecimento estável, afiliadas e critérios de residência e fonte. A concretização deste modelo encontra-se, no entanto, dependente da convergência da política fiscal nesse sentido, uma vez que os lucros seriam calculados com recurso a uma fórmula comum e distribuídos pelas jurisdições onde a multinacional opera, através de uma tributação à luz de uma taxa igualitária, permitindo assim a correta distribuição de receita por todos os países envolvidos. Por outro lado, a base tributária seria devidamente alocada para os países onde a multinacional coloca ao dispor os seus bens e serviços, ou seja, onde a procura se encontra localizada. Na opinião do autor, a conjuntura atual procede com uma distribuição de competências tributárias fundada na identificação do local onde se encontra a oferta, e a referida metodologia torna-se responsável por encorajar as multinacionais a investir em jurisdições de baixa, ou nula tributação. Trata-se de uma teoria que, pese embora ainda se encontre em estado embrionário e muito dependente da uniformização de políticas de tributação internacional, não deixa de ser interessante e merece a devida atenção. Para mais desenvolvimentos, cfr. Martin de Wilde, “Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market”, *Intertax*, Volume 43, Issue 6 & 7, June/July 2015, pp. 438 e 446.

⁸ Não só ao olhar dos Estados, como também da parte do público em geral, a insatisfação se fez sentir, tendo para tal contribuído, em grande parte, a comunicação social. Com efeito, notícias como *The Great Corporate Tax Dodge* (Bloomberg) e *Nobody Pays That* (New York Times) despertaram a atenção da opinião pública e implantaram uma convicção generalizada de que as multinacionais observam um tratamento fiscal privilegiado, facto responsável por gerar clima de insatisfação diante do contribuinte comum.

⁹ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, p. 10, disponível em www.oecd.org.

¹⁰ Pascal Saint-Amans/Raffaele Russo, “The BEPS Package: Promise Kept”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 4, April 2016, p. 236.

Com efeito, a OCDE reconheceu a necessidade de se proceder a uma alteração dos padrões de tributação internacionais e nacionais, nomeadamente em vista de um realinhamento da tributação e respetivas bases tributárias, dada a insuficiência do quadro atual face à mutabilidade dos modelos de negócio e respetivo desenvolvimento tecnológico. E denotou que tais mudanças não deveriam ocorrer apenas com vista a eliminar a dupla tributação, mas também a bloquear situações de tributação reduzida ou nula, provocadas por via de práticas que desviam, de forma deliberada, o rendimento do lugar onde é gerado.

II. Foi o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE que assumiu o controlo de um projeto¹¹ que se ocupou, em primeiro lugar, com a identificação das vulnerabilidades decorrentes da interação de diferentes normas fiscais, e as consequentes oportunidades que daí surgem para estruturar esquemas de planeamento com vista a criar situações de dupla não tributação, de tributação reduzida, ou de transferência de lucros da jurisdição de onde estes foram gerados.

O projeto, designado por BEPS (acrónimo alusivo ao fenómeno do *Base Erosion and Profit Shifting*), culminou com um Relatório¹², solicitado pelos G20, numa espécie de mandato político, para efeitos de registo dos avanços dos trabalhos, na reunião de fevereiro de 2013, e assinalou o momento em que oficialmente se reconheceu a necessidade de uma mudança de conceções jurídicas e de política fiscal face à regulação fiscal internacional¹³.

O diagnóstico foi claro e inequívoco: não existe uma norma em concreto que seja responsável por despoletar o fenómeno BEPS, o qual resulta, indiscutivelmente, da interação e sobreposição de normas fiscais oriundas de sistemas jurídicos diferentes, como por exemplo, normas internas que não se encontram coordenadas com normas provenientes de outros ordenamentos jurídicos, sendo que, no entanto, são simultaneamente aplicáveis ao mesmo rendimento, ou padrões internacionais de tributação que se afiguram desatualizados face ao desenvolvimento dos modelos de

¹¹ Seguido de perto pelos líderes do G20, que expressamente referiram a necessidade de pôr fim a fenómenos de erosão da base tributária e transferência de lucros, bem como de acompanhar a OCDE nos trabalhos realizados com vista à concretização deste fim, neste sentido *vide* ponto 48 da Declaração dos G20, 2012, Los Cabos, México, disponível em www.consilium.europa.eu.

¹² OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, disponível em www.oecd.org

¹³ Gustavo Courinha, “BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão”, *Cadernos de Justiça Tributária*, Abril/Junho, vol. 4, 2014, p. 3.

negócio e até mesmo devido à insuficiência da informação fiscal que é transmitida entre as diferentes administrações fiscais¹⁴. E se, por um lado, se tornou urgente uma atualização dos padrões internacionais de tributação, por outro se verifica que a concorrência fiscal prejudicial e as práticas evasivas/elisivas não mais se encontram exclusivamente associadas a paraísos fiscais¹⁵, pelo que as soluções a adotar deverão ser tidas à escala global.

Pressupondo que os sistemas fiscais atuais não dispõem das ferramentas adequadas para acompanhar a rápida evolução do mundo dos negócios, o mencionado Relatório foi seguido de um Plano de Ação – mais conhecido por *Action Plan*¹⁶. Este documento foi aprovado pelo Comité de Assuntos Fiscais, a 25 de junho de 2013, sendo subsequentemente endossado pelos Ministros das Finanças do G20, na Cimeira de 2013, em São Petersburgo.

III. O *Action Plan* foi estruturado com base na lógica seguinte: numa primeira análise, identificou as ações necessárias para enfrentar a erosão da base tributária e transferência de lucros. Seguidamente, foram definidos prazos para implementação das mesmas e identificados os recursos necessários, bem como a metodologia adequada, com vista à concretização das ações¹⁷. Procurou-se garantir que os rendimentos gerados pela prossecução de atividades económicas sejam efetivamente tributados no local onde tais atividades são prosseguidas, e que tal tributação incida sobre os seus valores reais obtidos.

A sua correta aplicação decorre da adoção de padrões internacionais comuns, através de respostas coordenadas, com vista a dotar os países de instrumentos, tanto domésticos como internacionais, que permitam uma maior harmonização dos poderes tributários de cada Estado com as atividades económicas neles prosseguidas. Tal proporciona uma maior coerência na tributação das pessoas coletivas e dos rendimentos por estas gerados.

Segundo a classificação dada por CHRISTIANA HJI PANAYI¹⁸, o *Action Plan* é composto por quatro categorias distintas. A primeira categoria incide sobre a

¹⁴ Pascal Saint-Amans/Raffaele Russo, “The BEPS Package: Promise Kept”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 4, April 2016, p. 236.

¹⁵ Ana Paula Dourado, “The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis”, *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, p. 2.

¹⁶ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, disponível em www.oecd.org.

¹⁷ Idem, p. 11.

¹⁸ Christiana HJI Panayi, “The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 1/2, January/February 2016, pp. 95 e 96.

transferência da base tributária e a aplicação das doutrinas fonte/residência a determinados tipos de transações mais modernas, onde são agrupados tópicos como a tributação da economia digital (Ação 1), a prevenção da artificialidade na caracterização de EE's (Ação 7), preços de transferência relativamente a intangíveis e outras transferências de risco (Ações 8-10).

A segunda categoria compreende normas antiabuso concebidas para prevenir a erosão da base tributária e dupla não tributação, tais como normas sobre assimetrias híbridas (Ação 2), CFC's (Ação 3), dedução de juros (Ação 4), práticas tributárias prejudiciais (Ação 5) e utilização abusiva das CDT's (Ação 6).

A terceira categoria engloba um elenco de possíveis reformas no domínio procedimental, *maxime* a troca de informação relativa a preços de transferência (Ação 13), métodos de coleta e análise de dados do BEPS (Ação 11) e também a exigência de um mais elevado grau de cooperação, por parte do contribuinte, relativamente a esquemas de planeamento fiscal agressivo por este perpetrados (Ação 12).

Por fim, a quarta categoria compreende um conjunto de iniciativas a considerar no quadro do multilateralismo (Ação 15), bem como da resolução de disputas (Ação 14), com vista à implementação de um sistema mais eficiente e mais transparente.

Não obstante concordarmos com a divisão proposta pela autora, consideramos que a segunda categoria do *Action Plan* deveria também fazer referência a normas que visam combater o planeamento fiscal agressivo e não apenas normas anti abusivas, já que muitas dessas medidas objetivam neutralizar práticas que, pela sua natureza, consubstanciam técnicas de planeamento fiscal agressivo e não de abuso (como é o caso das assimetrias híbridas e da dedutibilidade de juros).

A respetiva calendarização das Ações constantes deste *Action Plan* reflete a intenção de tornar este processo o mais célere possível, e varia consoante o tipo de ação visada e a complexidade inerente ao seu desenvolvimento, tendo em conta a análise da problemática.

IV. Os Relatórios Finais do BEPS foram publicados a 5 de outubro de 2015, tendo sido aprovados, pelos líderes do G20, a 20 de novembro desse mesmo ano. A maioria dos Estados, na sua qualidade de membros da OCDE, comprometeram-se a implementar as recomendações contempladas nos Relatórios.

A assunção da liderança de um projeto de tamanha complexidade traduz-se numa iniciativa louvável da OCDE, capaz de reunir quarenta e quatro países em pé de

igualdade, contando com todos os seus membros, bem como os membros do G20 e países associados, tendo sido também garantida a participação de países não membros da OCDE, e não membros do G20, em encontros regionais e globais. Também estes últimos acompanharam os desenvolvimentos do projeto, tendo sido amplamente informados do seu conteúdo e progressão.

E, pese embora algum ceticismo ainda se mantenha relativamente à exequibilidade do projeto, concordamos com ANA PAULA DOURADO¹⁹ quando a autora refere que, após tais avanços, não mais se afigura legítimo qualquer protesto da parte dos Estados da OCDE/G20 no sentido da inadequação das normas de tributação internacionais, remetendo a culpa para as multinacionais pela exploração de lacunas e disparidades, uma vez que, efetivamente, esforços foram reunidos no âmbito deste projeto com vista a combater a evasão fiscal, a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo.

Os resultados e soluções alcançadas estão atualmente a ser postos em prática e a OCDE tem assegurado o acompanhamento do processo de implementação das medidas pelos Estados. Tal consiste numa tarefa árdua, uma vez que não se trata apenas de incentivar os países a introduzir as medidas propostas pelo Projeto, mas inclusive de assegurar que os Estados procedem a uma aplicação e interpretação uniforme dos conceitos aí consagrados. Com efeito, a interação entre as normas do BEPS e as normas internas de cada Estado pode conduzir a resultados distintos, o que leva autores como KIRSTEN ANDERSSON²⁰ a afirmar que, até com a melhor das intenções, os efeitos do BEPS repercutir-se-ão inevitavelmente de forma diferente de país para país.

V. A eficácia deste Projeto encontra-se, assim, amplamente dependente da forma como as soluções propostas são implementadas pelos diferentes países. As medidas constantes dos vários Relatórios publicados, são suscetíveis de serem aplicadas de forma distinta, ao serem sujeitas a interpretações discrepantes²¹ e tal ocorrência apenas contribui

¹⁹ Ana Paula Dourado, “The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis”, *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, p. 5.

²⁰ Neste sentido, a autora considera que a complexidade inerente às temáticas que servem de objeto de estudo no âmbito do Projeto BEPS, bem como a sua linguagem técnica e o processo de determinação da origem do lucro, constituem um autêntico desafio para as autoridades fiscais nacionais e para as empresas. Por outro lado, o recurso a expressões de cariz vago tais como “garantir a tributação efetiva no local onde os lucros são gerados” ou “onde a atividade económica é prosseguida” são, na opinião da autora, soluções que não definem realmente o local nem a forma como os lucros deverão ser sujeitos a tributação, cfr. Kirsten Andersson, “The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and the European Union”, *Intertax*, vol. 44, Issue 10, 2016, pp. 735 e 736.

²¹ Jérôme Monsenego, “A Conference on the Impact of the BEPS Project on Business Models”, *Intertax*, volume 44, Issue 10, October 2016, p. 727.

para acentuar as disparidades já existentes no modelo de tributação internacional. Para tal, afigura-se essencial uma aplicação uniformizada, pautada por metodologias comumente aceites e praticadas.

Esta iniciativa constitui a génese dos trabalhos desenvolvidos no plano europeu, tendo sido estruturados planos e medidas, com as devidas adaptações, para o Ordenamento Jurídico Europeu, em conformidade com as conclusões e recomendações tecidas pela OCDE, no âmbito do projeto BEPS.

VI. O conceito de planeamento fiscal agressivo parece ter surgido no contexto do *Forum on Tax Administration (FTA)*, criado em 2002 pela OCDE. Esta plataforma veio estabelecer uma ligação entre os representantes das autoridades tributárias de diferentes países (membros da OCDE e alguns não membros), proporcionando o diálogo e a discussão com vista ao acompanhamento e desenvolvimento de novas tendências no domínio da fiscalidade, com o propósito de alcançar níveis mais elevados de eficiência, justiça e transparência ao nível das administrações fiscais.

Foi no âmbito da Declaração de Seoul, de setembro de 2006, emitida após um encontro do FTA, que se fez referência a “(...) *esquemas sofisticados de natureza transfronteiriça e/ou estruturas de investimento envolvendo CDT’s e manipulação de preços de transferência que artificialmente transferem lucros para jurisdições de baixa tributação e despesas para jurisdições de elevada tributação.*”²² (tradução nossa), sendo também incentivado o desenvolvimento de um diretório de planeamento fiscal agressivo, por forma a permitir a identificação de estruturas e esquemas que se insiram nesse tipo de práticas, bem como novas formas de neutralização das mesmas²³.

No entanto, apesar de tais esquemas de planeamento fiscal serem considerados inaceitáveis, de igual forma eram considerados riscos muitas vezes associados a práticas elisivas ou evasivas²⁴. Diante da inexistência de um conceito propriamente autonomizado,

²² OECD, Seoul Declaration, *Third Meeting of the OECD Forum on Tax Administration 14-15 September, 2006*, p. 3, disponível em www.oecd.org.

²³ OECD, Seoul Declaration, *Third Meeting of the OECD Forum on Tax Administration 14-15 September, 2006*, p. 4, disponível em www.oecd.org.

²⁴ Ana Paula Dourado, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and Actions 2 and 6”, *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, p. 42.

cedo se verificou a falta de consenso quanto à sua delimitação, num cenário global pautado pela interação de vários sistemas fiscais^{25 26}.

VII. A crise financeira de 2008 trouxe com ela novas preocupações, nomeadamente a constatação de que existem modelos de planeamento fiscal internacional inseridos em moldes que divergem do conceito de evasão e de elisão fiscal, justamente por envolverem comportamentos que, pese embora sejam lícitos, colocam em risco o estado fiscal e a noção global de justiça²⁷.

No plano internacional, o conceito de evasão fiscal é um conceito universalmente consolidado, correspondendo ao comportamento classificado como crime ou ofensa, o qual se enquadra num determinado tipo de ilícito punível com sanções penais, à luz da legislação penal de cada Estado. Já no que respeita ao abuso fiscal, os seus contornos variam de Estado para Estado, pelo que não existe uma definição propriamente uniformizada, uma vez que os critérios utilizados para a qualificação de uma situação como abusiva variam conforme a jurisdição em causa. No entanto, prevalece a ideia de que um comportamento abusivo implica uma divergência entre a forma legal adotada (a qual se encontra em conformidade com a letra da lei) e a substância da atividade/operação (sendo que esta última não corresponde ao espírito, nem ao objetivo da lei)²⁸.

²⁵ José Manuel Calderón Carrero/Alberto Quintas Seara, “The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning”, *Intertax*, vol. 44, issue 3, March 2016, p. 212.

²⁶ O encontro subsequente dos grupos de trabalho do Fórum decorreu em Cape Town, em 2008, onde foram, *inter alia*, discutidos os resultados do *Study into the Role of Tax Intermediaries*, (vide OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries* (OECD 2008), disponível em www.oecd.org). Aqui se procedeu ao desenvolvimento do conceito de planeamento fiscal agressivo, sendo identificadas algumas áreas e comportamentos que serviram de base à sua delimitação, nomeadamente: planeamentos resultando numa posição do contribuinte a qual, apesar de defensável, tem um impacto não intencionado e inesperado na receita, e decisões administrativas que resultem na atribuição de uma posição favorável ao contribuinte, sem que, para tal, seja devidamente apurada a compatibilidade de determinadas questões constantes da respetiva declaração fiscal do contribuinte com a lei. Esta definição foi considerada, por alguns autores, como vaga e de difícil aplicabilidade prática, uma vez que se apoia na circunstância de o legislador não ser capaz de prever os resultados obtidos por determinados esquemas, quando na generalidade o legislador não consegue prever qual será o efeito da legislação que produz. Por outro lado, tampouco são dadas orientações para que o contribuinte seja capaz de discernir o tipo de práticas não intencionadas e não se verifica qualquer tipo de esclarecimento face ao nível de incerteza da posição fiscal do contribuinte, vide Philip Baker, “The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes”, *Intertax*, vol. 43, issue I, January 2015, p. 86.

²⁷ Ana Paula Dourado, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and Actions 2 and 6”, *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, p. 43.

²⁸ Idem, *ibidem*; OCDE, Comentários à Convenção Modelo em matéria de imposto sobre o rendimento e o sobre o património, OECD Publishing, 2010, comentários n.ºs 7-9.5 ao artigo 1.º.

VIII. Posteriormente, em 2011, a OCDE publicou algumas recomendações relativas a uma série de medidas de carácter procedimental com vista a dotar as administrações tributárias de instrumentos de combate a técnicas de planeamento fiscal agressivo, através da implementação de estratégias assentes num modelo de cooperação e transparência. Foram seis as medidas discutidas e publicadas no âmbito do *Report on Disclosure Initiatives*²⁹, dirigidas aos países membros da OCDE: a introdução de medidas de reporte prévio de operações de planeamento fiscal agressivo (*early mandatory disclosure rules*), medidas de acompanhamento relativas a estruturas de planeamento fiscal agressivo (*additional reporting of specific relevance to aggressive tax planning*), a utilização de formulários e questionários, *co-operative compliance programmes*, regimes de informação vinculativa (*ruling regimes*) e regimes contra ordenacionais/penais relacionados com reporte de estruturas de planeamento fiscal agressivo (*penalty linked aggressive tax planning disclosure rules*).

Muitas das recomendações *supra* têm origem em medidas já anteriormente desenvolvidas noutros sistemas jurídicos,³⁰ mormente a introdução de determinados deveres e obrigações que recaem sobre intermediários fiscais (*tax intermediaries*), tais como a obrigação de reporte de esquemas de planeamento às administrações tributárias suscetíveis, de consubstanciarem esquemas de planeamento fiscal agressivo, bem como deveres de comunicação e esclarecimento³¹.

IX. A referência ao conceito de planeamento fiscal agressivo tem vindo a ser reproduzida em diversos outros documentos e trabalhos desenvolvidos pela OCDE, nomeadamente o Projeto BEPS, onde é repetida em vários dos Relatórios publicados ao

²⁹ OECD, *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure – Report on Disclosure Initiatives*, OECD Publishing, 2011, disponível em www.oecd.org.

³⁰ De entre as quais se incluem: Canadá, Portugal, Reino Unido, Estados Unidos da América.

³¹ É o exemplo do regime constante do DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro de 2008, que estabelece deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo, inspirado em regimes já existentes no Reino Unido, no Canadá e nos Estados Unidos da América. Note-se que o DL não é claro quanto ao conceito de planeamento fiscal agressivo, definindo o fenómeno de forma genérica, com recurso a referências como “vantagem fiscal” que confundem o conceito com o conceito de abuso ou evasão, e limitando-se a prever um elenco de situações suscetíveis de serem obrigatoriamente reportadas ao Diretor da Direção Geral dos Impostos, cujo dever de comunicação recai sobre os designados “promotores”, cfr. Ana Paula Dourado/Augusto Silva Dias, “Information Duties, Aggressive Tax Planning and *nemo tenetur se ipsum accusare* in the light of article 6 (1) of ECHR”, G. Kofler, M. P. Maduro and P. Pistone (eds), *Taxation and Human Rights in Europe and the World*, IBFD Publications, Amsterdam, 2011, p. 143 e ss.

longo do seu desenvolvimento, bem como nos Relatórios finais³², concluídos em outubro de 2015. No entanto, como denota JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO e ALBERTO QUINTAS SEARA³³, pouco se avançou no sentido da densificação do conceito em si, desde 2008 até ao contexto atual. Com efeito, a terminologia adotada no âmbito de Projeto BEPS assumiu uma forma genérica e um pouco dúbia, ao fazer referência a um conjunto de estratégias que resultam em consequências fiscais não intencionadas nem previstas, pese embora o contribuinte esteja numa posição suscetível de ser defensável³⁴.

Tais estratégias consistem, de acordo com a OCDE, na exploração de lacunas e disparidades, presentes nos sistemas fiscais, que proporcionam a ocultação ou transferência de lucros para jurisdições onde existe pouca ou nenhuma atividade real geradora de lucro, reduzindo assim o montante de lucro sujeito a tributação, quando globalmente considerado, por constituírem jurisdições de baixa ou nenhuma tributação³⁵. Neste sentido, é também identificado o carácter artificial de algumas destas operações. A artificialidade inerente a certos tipos de esquemas sugere a convergência do conceito de planeamento fiscal agressivo com o conceito de abuso, no que aparenta ser um simples enaltecimento de uma noção já pré-existente, que apenas se destaca em virtude do carácter transfronteiriço das operações incorridas.

Por outro lado, no âmbito das Ações do BEPS, foram identificados vários esquemas, considerados como de planeamento fiscal agressivo, envolvendo preços de transferência, assimetrias híbridas, dedutibilidade de juros, entre outros, os quais apresentam substância económica e, deste modo, carecem do elemento da artificialidade. Por conseguinte, não podemos deixar de concordar com JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO e ALBERTO QUINTAS SEARA³⁶ no que respeita à natureza abstrata e vaga do conceito de planeamento fiscal agressivo no âmbito do Projeto BEPS, o qual não vem alterar o conceito de abuso, mas é suscetível de mitigar o planeamento lícito diante da

³² Vide OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2: Final Report, OECD Publishing, 2015, disponível em <http://www.oecd.org>; OECD, *Mandatory Disclosure Rules*, Action 12: Final Report, OECD Publishing, 2015, disponível em <http://www.oecd.org>, entre outros.

³³ José Manuel Calderón Carrero/Alberto Quintas Seara, “The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning”, *Intertax*, vol. 44, issue 3, March 2016, p. 212.

³⁴ *Supra* nota de rodapé 20.

³⁵ BEPS – Frequently Asked Questions, ponto 119, <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>, acedido pela última vez em dezembro de 2016.

³⁶ José Manuel Calderón Carrero/Alberto Quintas Seara, “The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning”, *Intertax*, vol. 44, issue 3, March 2016, pp. 213 e 214.

ausência de uma noção bem definida. Segundo os autores, foi a modificação das tendências internacionais no domínio da tributação que determinou o impulso da OCDE no sentido da implementação de um conceito suscetível de servir de base justificativa a um conjunto de “anomalias fiscais” sem que, no entanto, se tenha prosseguido com a devida densificação do mesmo. Consequentemente, a ausência de um conceito devidamente delimitado e uniformizado, proporciona diferentes interpretações por parte dos Estados³⁷, e, por sua vez, uma noção instrumental de planeamento fiscal agressivo é concebida por forma a servir de base ao desenvolvimento de um grupo de iniciativas, propostas e estruturas com vista a neutralizar o impacto negativo de “anomalias fiscais”, ainda não conceptualmente enquadradas, como é o que sucede no âmbito do BEPS.

É certo que muitas destas anomalias foram já identificadas, e um nível significativo de medidas estão atualmente a ser postas em prática, mas no fundo desconhece-se o alcance do conceito de planeamento fiscal agressivo e o que nele se pretende abranger, uma vez que aparenta situar-se na fronteira entre o que é legítimo e ilegítimo, numa zona “quase ilegal”, sem que, no entanto, seja feita adequada distinção do que é, e não é, ilegal, a qual se revela extremamente importante para a salvaguarda da posição do contribuinte. Neste sentido, ANA PAULA DOURADO³⁸ refere que o conceito de planeamento fiscal agressivo não é um conceito legal suscetível de fundamentar uma ação judicial ou administrativa, mas sim um “*umbrella concept*”, abrangendo ambos planeamento fiscal e abuso fiscal, ou apenas planeamento fiscal, conforme o contexto.

³⁷ Considerando o exemplo do Reino Unido, onde o planeamento fiscal agressivo e abuso fiscal integram o mesmo conceito: o departamento não governamental *Her Majesty's Revenue and Customs* (HMRC) prosseguiu com um conceito instrumental, embora ambivalente, de planeamento fiscal agressivo, não só aplicável a práticas abusivas artificialmente concebidas para efeitos fiscais, mas também práticas geradoras de vantagens fiscais que, embora não contrariem a letra da lei, vão contra o seu espírito, cfr. HMRC, Annex C *Improving Large Business Tax Compliance*, July 22nd 2015, p. 38. Esta noção opera no âmbito de uma política de cooperação designada por DOTAS (*Disclosure of Tax Avoidance Schemes*), concretizada através de programas que incentivam os grandes contribuintes que neles participam a redefinir as suas estratégias de planeamento e a reduzir a sua qualificação como contribuinte de risco, ao renunciar a esquemas e estruturas de planeamento fiscal agressivo (note-se que a qualificação como contribuinte de risco resulta de um *tax risk assessment* efetuado com base em indicadores próprios, *inter alia*, o nível de transparência fiscal, o grau de cooperação com as autoridades fiscais, a revelação do planeamento fiscal incorrido, a utilização de estruturas de negócio completas, elevados e injustificados prejuízos, recurso a instrumentos híbridos...). Uma estratégia baseada em indicadores semelhantes foi também adotada na Austrália. No entanto, a autoridade fiscal australiana ATO (*Australian Taxation Office*) utiliza a expressão “planeamento fiscal agressivo” para qualificar operações que se inserem numa “área cinzenta” e culminam com benefícios fiscais significativos, ou operações que produzem resultados não intencionados pela lei, o que, materialmente, corresponde à noção utilizada pela OCDE no contexto do Projeto BEPS.

³⁸ Ana Paula Dourado, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and Actions 2 and 6”, *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, pp. 44 e 48.

X. No plano europeu, o fenómeno da erosão da base tributária e transferência de lucros, bem como a sua abordagem no contexto do projeto BEPS, têm sido acompanhados de perto pela União Europeia, onde a luta contra a dupla não tributação alcançada através de técnicas de planeamento fiscal agressivo constitui um dos principais domínios de ação urgente e coordenada entre os Estados-membros e as Instituições Europeias.

Já num momento anterior ao desenvolvimento dos trabalhos do, projeto BEPS, a Comissão Europeia havia emitido duas Recomendações no âmbito da Plataforma para a Boa Governação Fiscal: uma Recomendação relativa a medidas com vista a encorajar Estados terceiros a aplicarem normas mínimas de boa governação em matéria fiscal³⁹, e uma outra Recomendação dirigida especificamente ao planeamento fiscal agressivo⁴⁰.

Nesta última, a Comissão atestou que o planeamento fiscal agressivo consiste no aproveitamento das diferenças de natureza técnico-jurídica de um sistema fiscal, ou de assimetrias geradas por dois ou mais sistemas fiscais com o propósito de reduzir a carga fiscal⁴¹ e alertou, *inter alia*, para a necessidade de adoção de uma ação coordenada, com vista à remoção dos obstáculos gerados pela crescente complexificação das estruturas de planeamento fiscal. Acresce que a adoção de medidas unilaterais revelar-se-ia insuficiente, aquando da sua aplicação a situações de carácter transfronteiriço.

Foi também no âmbito desta Recomendação que foram propostas a introdução de uma *subject-to-tax clause* ao nível das CDT's, bem como a introdução de uma GAAR⁴².

Posteriormente, a 18 de dezembro de 2014, após a OCDE ter avançado com o projeto BEPS, também o Conselho Europeu se pronunciou no mesmo sentido, considerando urgente a continuação da luta contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo⁴³.

³⁹ Recomendação da Comissão no que se refere a medidas destinadas a encorajar os países terceiros a aplicarem normas mínimas de boa governação em matéria fiscal, C (2012) 8805 final, de 6 de dezembro, disponível em <http://ec.europa.eu/>.

⁴⁰ Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, C (2012) 8806 final, de 6 de dezembro, disponível em <http://ec.europa.eu/>.

⁴¹ Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, C (2012) 8806 final, de 6 de dezembro, disponível em <http://ec.europa.eu/>, (2), p. 2.

⁴² *Idem*, p. 3.

⁴³ Conclusões do Conselho Europeu, de 18 de dezembro de 2014, EUCO 237/2014, CO EUR 16, CONCL 6, ponto 3, p. 2.

XI. No entanto, também no domínio do Direito Europeu se verifica que, apesar da urgência em regular tal fenómeno, permanece desconhecido em que é que tal fenómeno realmente consiste e em que medida é que a redução da carga fiscal seria suficientemente relevante por forma a concluir que uma dada estrutura é suscetível de ser qualificada como de planeamento fiscal agressivo. Consequentemente, o conceito de planeamento fiscal agressivo permanece submergido num mar de ambiguidade, não obstante os conceitos de abuso fiscal e evasão serem conceitos previstos e definidos no âmbito do Direito Europeu.

XII. O conceito de abuso fiscal, enquanto conceito de Direito Europeu, observa diferentes dimensões conforme esteja inserido no contexto de impostos diretos, de impostos indiretos (IVA) ou de impostos parcialmente harmonizados. Em todo o caso, são construções doutrinárias que foram densificadas por via da ação do Tribunal de Justiça.

No que respeita aos impostos diretos (não harmonizados), o conceito de abuso é analisado à luz das Liberdades Fundamentais, e a qualificação de uma situação como abusiva torna-se possível com recurso a um conjunto de critérios, cujo preenchimento cumulativo conduz ao enquadramento no conceito. Por conseguinte, na medida em que certas condutas incorridas pelo contribuinte apresentam como propósito o desvio da aplicação de legislação de um Estado-membro com a intenção de obter uma vantagem fiscal, e se apoiam na utilização de estruturas artificiais, ou se traduzem num exercício artificial das Liberdades Fundamentais, tais condutas consubstanciam situações de abuso, potencialmente justificadoras de restrições às Liberdades Fundamentais⁴⁴.

Já em matéria de IVA, a Diretiva IVA consagra um princípio de abuso que tem sido objeto de desenvolvimento dogmático pelo Tribunal de Justiça, *maxime* por referência ao acórdão *Halifax*⁴⁵ e, mais tarde *Ocean Finance*⁴⁶, sendo que este último terminou por redefinir o conceito de abuso com base em dois elementos essenciais e cumulativos para a qualificação de uma situação como abusiva: em primeiro lugar, a intenção exclusiva de obter uma vantagem fiscal contrária ao propósito de uma disposição legal; em segundo lugar, a artificialidade da transação incorrida para esse efeito.

⁴⁴ Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 62.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.02.2006, C- 255/02, *Halifax and Others*.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.06.2013, C- 653/11, *Ocean Finance*.

Também no domínio dos impostos parcialmente harmonizados, ambas a Diretiva das Fusões e Cisões⁴⁷ e a Diretiva Juros & Royalties⁴⁸ preveem cláusulas anti abusivas que refletem um teor semelhante, ou seja, que objetivam enquadrar a pretensão do contribuinte de obter uma vantagem fiscal, por via da artificialidade das transações incorridas para esse propósito, como uma prática abusiva.

XIII. O conceito de abuso na UE consiste assim num conceito transversal às várias dimensões do Direito Fiscal Europeu, e, não obstante assumir diferentes aceções, a questão da artificialidade traduz-se num elemento comum a todas estas dimensões. Já o conceito de evasão consiste, na sua aceção tradicional, no desvio à obrigação de pagar imposto.

XIV. Porém, tal não vai ao encontro do entendimento da Comissão quanto à definição de planeamento fiscal agressivo. A questão surge, desde já, pela ausência de artificialidade das transações que são incorridas, porquanto que as mesmas apresentam substância económica e correspondem a operações válidas e conformes à legislação interna dos Estados-membros, o que tornam insuscetível a sua inserção no conceito de abuso. Por sua vez, tais transações são fiscalmente reguladas, e a circunstância de se traduzirem em vantagens fiscais deriva simplesmente da sua sujeição a normas fiscais de diferentes Estados, não se verificando um incumprimento, por parte do contribuinte, do seu dever de pagar imposto, pelo que também não se insere no conceito de evasão.

XV. Por sua vez, a Comissão Europeia refere que o planeamento fiscal agressivo é suscetível de assumir várias formas, sendo que as suas consequências incluem duplas deduções e dupla não tributação.

A ausência de uma definição legal suficientemente esclarecedora torna a presente temática numa discussão que mais adequadamente se insere no domínio da política fiscal do que propriamente no do rigor jurídico. Uma coisa é certa, parece que o

⁴⁷ Sendo que a Diretiva consagra a referência a “razões económicas válidas”, *vide* alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro de 2009 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-membro para outro

⁴⁸ N.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes.

conceito de planeamento fiscal agressivo visa abranger as situações que não consubstanciam abuso, que não correspondem a evasão, mas que ainda assim constituem práticas inaceitáveis, quase imorais⁴⁹ até, na medida em que são nocivas, dado que proporcionam a redução da carga fiscal global de certos contribuintes. No entanto, a fronteira entre o que se qualifica como aceitável ou inaceitável, e que, no fundo, corresponde à questão essencial, não se encontra definida, e o grau de incerteza é reforçado dada a ausência de uma referência que permita discernir que tipo de situações serão enquadráveis no conceito de planeamento fiscal agressivo.

Desta forma, é nossa melhor opinião que a salvaguarda da posição do contribuinte dá-se por via da consagração de noções que sejam suficientemente claras e inequívocas na delimitação do que é admissível por lei. Na ausência de um conceito legalmente delimitado, mas ao qual se encontram atualmente associadas certos tipos de estruturas de planeamento, como é no caso das assimetrias híbridas, dedutibilidade de juros, preços de transferência, entre outros, deve o conceito de planeamento fiscal agressivo ver-se reduzido às estruturas identificadas como tal, num processo de delimitação positivo.

XVI. As iniciativas do projeto BEPS têm sido acolhidas de forma favorável e a União Europeia reconhece a necessidade de eliminar as distorções causadas pelo BEPS, as quais interferem com a concorrência, a eficiência económica, a transparência e a equidade e, naturalmente, afetam o regular funcionamento do Mercado Interno. E, embora a eliminação de disparidades apenas seja possível diante de um cenário de harmonização legislativa plena, cuja regra da unanimidade para tomada de decisões em matéria fiscal obstaculiza, foram recentemente introduzidas disposições ao nível da Diretiva 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro (Diretiva sociedades-mães/afiliadas) com vista a neutralizar os efeitos provocados por híbridos.

Desde dezembro de 2014 que a Comissão deu origem a um intenso período de trabalhos, os quais, tendo por base os desenvolvimentos ocorridos no âmbito do projeto BEPS, vieram delimitar as principais áreas de atuação urgente no domínio da tributação de sociedades.

⁴⁹ Neste sentido, Ana Paula Dourado, "The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Law" in Joachim Englisch (ed.) *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*, IBFD Publications, Amsterdam, 2016, p. 257.

XVII. Surgiu assim o Plano de Ação para uma tributação justa e eficaz, adotado pela Comissão a 17 de junho de 2015. Esta iniciativa sugere a revisão do quadro legislativo europeu ao nível da tributação das sociedades, de modo a garantir a justiça e transparência do Mercado Interno.

Na linha do que anteriormente já tinha sido concluído pela OCDE, também a Comissão constatou que o atual quadro legislativo, no domínio da tributação das sociedades, não mais se adequa ao modelo contemporâneo de atividade social, sucedendo que o meio económico tem vindo a sofrer alterações, consubstanciando uma realidade cada vez mais globalizada, móvel e digital. Por sua vez, os modelos de negócio e as estruturas societárias têm vindo a assumir um carácter cada vez mais complexo, e dão origem a oportunidades para a erosão da base tributária e transferência de lucros⁵⁰.

XVIII. No contexto europeu, o fenómeno da erosão da base tributária e transferência de lucros torna-se ainda mais propício, uma vez que a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais ocorre num espaço económico composto por vinte e sete jurisdições distintas. Diante da evidente falta de harmonização fiscal, a interação entre os diferentes sistemas fiscais desenvolve-se de forma descoordenada.

Tal proporciona ainda uma maior volatilidade das bases tributárias e rendimentos, e, conseqüentemente, cria condições para que sejam adotadas técnicas de planeamento fiscal agressivo, as quais induzem distorções no funcionamento do Mercado Interno. De modo a compensar a perda de receita originada pela elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, não raro os Estados procedem a um reforço da carga fiscal sobre as empresas que apresentam menor mobilidade, bem como sobre os rendimentos de trabalho⁵¹.

XIX. O Plano de Ação foi concebido com vista a atuar sobre cinco das principais áreas, onde a intervenção se revela urgente e necessária, e estabeleceu um conjunto de iniciativas orientadas para o combate às práticas elisivas e evasivas que interferem com o Mercado Interno, com vista a tornar o sistema de tributação das sociedades mais justo e eficiente.

⁵⁰ Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho relativa a uma tributação das sociedades justa e eficaz: cinco áreas de ação urgente, COM (2015) 302 final, de 17 de junho de 2015, p. 2.

⁵¹ Idem, p. 5.

XX. A primeira iniciativa diz respeito ao relançamento de uma proposta de implementação da CCCTB. Inicialmente avançada em 2011⁵², tal proposta não foi aprovada à unanimidade, tendo sido recusada com fundamento, *inter alia*, na soberania fiscal dos Estados-membros, bem como na complexidade em que assentava a sua aplicação. Por outro lado, a CCCTB possuía um carácter meramente opcional.

Considerando que a introdução de uma CCCTB revelar-se-ia um instrumento eficaz no combate à evasão fiscal, bem como à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo no plano europeu, a Comissão pretende, no âmbito do Plano de Ação de 2015, a adoção de uma CCCTB de carácter obrigatório para os Estados-membros⁵³.

XXI. Por sua vez, a segunda ação visa introduzir uma reforma no quadro legislativo, suscetível de garantir a efetiva tributação dos lucros no lugar onde são gerados. Na existência de lacunas provenientes da interação dos sistemas fiscais, surgem oportunidades, aproveitadas por multinacionais, para transferir lucros para jurisdições de baixa ou nula tributação, regimes preferenciais e países terceiros, onde não se verifica qualquer tipo de conexão com o local onde o valor é gerado. Por conseguinte, muitas empresas apresentam uma base tributária de valor mínimo (ou até mesmo inexistente) no local onde a atividade é realmente desenvolvida, pese embora sejam gerados lucros de valor muitas vezes significativo, nessa mesma jurisdição. Esta iniciativa tem por objetivo o reforço da legislação europeia, bem como dos Estados-membros, por forma a eliminar oportunidades que surgem das lacunas existentes, através de medidas como o melhoramento das atuais normas CFC's, a alteração do quadro legislativo em matéria de preços de transferência, o reajustamento da definição do conceito de EE, a implementação de normas mais estritas quanto a regimes preferenciais⁵⁴, entre outras. E, segundo a

⁵² Proposal for a Council Directive of 16th March 2011 on a Common Consolidated Tax Base, COM (2011) 121 final, March 16th 2011, disponível em <https://europa.eu>.

⁵³ Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho relativa a uma tributação das sociedades justa e eficaz: cinco áreas chave de ação, COM (2015) 302 final, de 17 de Junho de 2015, p. 8.

⁵⁴ No que respeita aos regimes preferenciais, tais como os *patent box*, note-se que muitos destes regimes não só proporcionam benefícios, como também propiciam práticas elisivas e de planeamento fiscal agressivo que culminam com transferências de lucros, sujeitos assim a um nível de tributação muito reduzido. Neste sentido, o Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), em 2014, referiu que, por forma a garantir a eficiência dos regimes preferenciais, devem os mesmos ser sujeitos a uma análise que permita estabelecer umnexo direto entre o benefício da atividade de pesquisa e desenvolvimento que fundamenta a atribuição desse benefício (*modified nexus approach*), sugestão que vai em linha com as medidas recomendadas no âmbito da Ação 5 do BEPS. Neste contexto, o Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas) concluiu que os regimes *patent box* existentes não são compatíveis com o referido *modified nexus approach*, e, por conseguinte, devem ser adaptados com vista a se encontrarem em

Comissão, tal é passível de ser concretizado, ainda que diante de um cenário de falta de harmonização legislativa no domínio da tributação de sociedades⁵⁵.

XXII. No que respeita à terceira área de atuação, esta objetiva estabelecer medidas adicionais, suscetíveis de proporcionar um cenário fiscal mais favorável a novos investimentos e à criação de novos postos de trabalho. Para tal, afigura-se essencial uma coordenação efetiva entre os vários Estados-membros, suscetível de remover obstáculos administrativos e fiscais, bem como custos de cumprimento (*compliance costs*).

As medidas anteriormente propostas no sentido da implementação da CCCTB e da revisão do quadro legislativo em matéria de preços de transferência e regimes preferenciais, bem como o reajustamento da definição de EE, já em si constituem premissas orientadas para a concretização desta terceira iniciativa. Contudo, a Comissão pretende acrescentar medidas que atuem na pendência da consolidação da CCCTB, tais como a possibilidade de grupos empresariais, que operam em diferentes Estados-membros, deduzirem os seus gastos tendo em conta o seu lucro globalmente auferido, sendo admitido o reporte de perdas (*loss carry forward*) transfronteiriças.

Urge, por outro lado, proceder a uma reforma do atual quadro de resolução de litígios em matéria de dupla tributação. Com efeito, a Comissão reconhece que os mesmos tramitam de forma morosa, daí resultando elevados custos para os contribuintes, sem que, no entanto, seja sempre possível alcançar um acordo⁵⁶.

XXIII. O reforço da transparência fiscal no Mercado Interno consubstancia a quarta iniciativa a ser desenvolvida no âmbito do Plano de Ação, um elemento fundamental no combate à evasão fiscal, bem como na garantia da efetiva tributação de lucros no local onde a atividade económica é desenvolvida. E, para esse mesmo efeito, torna-se fundamental, por um lado, a modificação da abordagem relativamente a países terceiros, nomeadamente através da criação de um *level playing field* no domínio da tributação de sociedades, incluindo países em vias de desenvolvimento e, por outro, a introdução de deveres de informação adicionais para multinacionais que imponham a

conformidade com o mesmo, cfr. *Report by the Code of Conduct Group (Business Taxation) to ECOFIN - patent boxes: state of play and the way forward*, FISC 183, 13924/16, Brussels, 3 November 2016, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

⁵⁵ European Commission - Press Release, Commission presents Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU, disponível em <http://europa.eu>.

⁵⁶ Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho relativa a uma tributação das sociedades justa e eficaz: cinco áreas chave de ação, COM (2015) 302 final, de 17 de Junho de 2015, p. 11.

revelação dos seus esquemas de planeamento fiscal nos países onde exercem a sua atividade económica, bem como o valor de imposto aí pago.

XXIV. Por fim, a fortificação da cooperação fiscal entre os Estados-membros constitui a quinta iniciativa do Plano de Ação. Neste âmbito, a Comissão pretende promover um elevado nível de coordenação, incentivando os Estados-membros a explorar de forma mais aprofundada as ferramentas existentes. Com efeito, trata-se de um domínio regulado a nível europeu⁵⁷, e a análise e discussão em matéria de tributação de sociedades na União Europeia é amplamente discutida no âmbito de grupos e plataformas como o Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas)⁵⁸ e a Plataforma para a Boa Governação Fiscal⁵⁹. Desta forma, o recurso aos instrumentos *supra* afigurar-se-ia fundamental, nomeadamente no que respeita à questão das inspeções e auditorias fiscais, uma vez que uma intercomunicabilidade eficiente facilita a troca de ideias e estratégias entre Estados-membros e, simultaneamente, contribui para o aprimoramento destes mecanismos de controlo.

Por outro lado, torna-se necessária a implementação de uma reforma ao nível do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas) e da Plataforma para a Boa Governação Fiscal. Neste sentido, a Comissão pretende renovar ambos os mandatos e proceder a uma revisão dos seus respetivos métodos de trabalho, de modo a permitir reações mais eficientes a questões no domínio da tributação. Encontra-se também previsto o alargamento do elenco de temas que consubstanciam o seu objeto de estudo, por forma a abranger o abuso fiscal.

XXV. O Plano de Ação assinalou a posição determinada da Comissão em atuar face ao modelo de tributação existente e aos obstáculos que persistem. O mesmo assume um carácter ambicioso, indo para além de uma mera enunciação do quadro atual de tributação e respetivas interferências. Com efeito, a Comissão procedeu à delimitação das

⁵⁷ Através da Diretiva 2011/16/EU do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, alterada pela Diretiva 2014/107/EU do Conselho, de 9 de dezembro de 2014 no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade.

⁵⁸ O Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas) é composto por representantes de todos os Estados-membros e apresenta como função principal a análise e discussão de medidas, de carácter não vinculativo, com vista a combater a concorrência fiscal prejudicial, disponível em <http://www.consilium.europa.eu>.

⁵⁹ A Plataforma para a Boa Governação Fiscal consiste num fórum disponível para Estados-membros, empresas e ONG's onde são promovidas discussões em vários assuntos no domínio da política fiscal. Este fórum também proporciona aos seus participantes o acompanhamento e revisão de medidas fiscais que vão sendo implementadas, disponível em <http://ec.europa.eu>.

áreas em que a intervenção se afigura fundamental, mas mais importante ainda foi o compromisso assumido no sentido de eliminar os obstáculos à concretização de um sistema de tributação das sociedades justo e eficiente, com vista a garantir a eficácia e fluidez do Mercado Interno, num contexto de estabilidade e crescimento, proporcionando um *level playing field* para as empresas e investidores. Ao identificar cinco áreas cuja ação se afigura necessária, foi assim assumido um compromisso composto por metas estabelecidas a curto, médio e longo prazo, cronologicamente organizado até pós-2017⁶⁰.

XXVI. Seguiu-se o Pacote Antielisão Fiscal, adotado pela Comissão a 28 de janeiro de 2016, composto por um conjunto de iniciativas legislativas, nomeadamente a Proposta de Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno⁶¹ e a Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade⁶², e de iniciativas não legislativas, a saber, uma Recomendação relativa à aplicação das medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais⁶³ e uma Comunicação sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva⁶⁴.

Este conjunto de medidas revelou-se uma abordagem interessante dos objetivos e ideais preconizados pelo G20 e pela OCDE, através do Projeto BEPS, a qual se traduz, por um lado, no reconhecimento de que os atuais padrões de tributação internacionais são marcados pela coexistência de diferentes políticas que fomentam o investimento, a concorrência e o protecionismo fiscal, não existindo, deste modo, nenhum padrão internacional uniformizado⁶⁵ e, por outro, na convicção de que uma execução eficaz, rápida e coordenada das medidas de luta contra práticas de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, com incidência direta no funcionamento do Mercado Interno, apenas se

⁶⁰ Cfr. Cronologia, disponível em <http://ec.europa.eu>.

⁶¹ Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno, COM (2016) 26 final de 28 de Janeiro de 2016, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶² Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, COM (2016) 25 final, de 28 de janeiro de 2016, disponível em <https://ec.europa.eu>.

⁶³ Recomendação relativa à aplicação das medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais COM (2016) 271 final, de 28 de Janeiro de 2016, disponível em <http://ec.europa.eu>.

⁶⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva, COM (2016) 24 final, de 28 de Janeiro de 2016, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁵ Ana Paula Dourado, "The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?", *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, p. 440.

torna possível através da implementação de uma política que seja comum a todos os Estados-membros.

Desta forma, o Pacote Antielisão Fiscal convida os Estados-membros a tomarem uma posição mais firme e coordenada contra as empresas que procuram evitar o pagamento do imposto que é devido, e, bem assim, estabelecer uma plataforma de entendimento entre os diferentes Estados-membros, promovendo a aplicação harmonizada das normas internacionais de combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros.

Cumprir referir que ambas as iniciativas juridicamente vinculativas foram objeto de aprovação.

A Proposta de Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno será devidamente analisada no subcapítulo subsequente.

Por sua vez, a alteração à Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, foi aprovada pelo Conselho a 25 de maio de 2016, e entrou em vigor a 3 de junho de 2016, dia da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia, n.º L 146.

XXVII. O principal objetivo da Diretiva 2016/881/UE, de 25 de maio de 2016 que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade⁶⁶, é impedir as multinacionais de explorarem os aspetos técnicos de um sistema fiscal, ou as assimetrias existentes entre os vários sistemas fiscais, para reduzir ou evitar os impostos devidos. Para o devido efeito, foi alargado o âmbito da troca obrigatória de informações, por forma a incluir a troca automática de informações da declaração por país (*country by country report*), instituída de forma obrigatória para multinacionais, as quais deverão, anualmente e em relação a cada jurisdição fiscal em que exerçam atividades, prestar informações sobre o montante dos rendimentos, o lucro antes do imposto sobre o rendimento e o imposto sobre o rendimento pago e devido.

Deverão ainda declarar o número de empregados, o capital social, os ganhos acumulados e os ativos tangíveis em cada jurisdição fiscal, e são obrigadas a identificar

⁶⁶ Diretiva 2016/881/UE do Conselho de 25 de maio de 2016 que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

cada entidade do grupo que exerça atividades numa determinada jurisdição fiscal, bem como a fornecer indicações sobre as atividades empresariais exercidas por cada uma delas.

XXVIII. No que respeita à Recomendação relativa à aplicação das medidas contra práticas abusivas em matéria de convenções fiscais, a mesma é dirigida aos Estados-membros e surge na linha das recomendações emitidas no âmbito das Ações 6 e 7 do BEPS, as quais têm por base, respetivamente, o abuso ao nível das CDT's e o abuso quanto ao conceito de EE.

Partindo do pressuposto de que as CDT's são instrumentos multilaterais que promovem o comércio transfronteiriço e desempenham um papel fundamental na regular alocação dos direitos tributários de cada Estado, estas afiguram-se essenciais, na medida em que fomentam a atividade económica e o investimento, evitando a dupla tributação de rendimentos. No entanto, o “*treaty shopping*” e outro tipo de esquemas abusivos desvirtuam o seu propósito, ao culminarem com vantagens fiscais não previstas, tais como dupla não tributação ou tributação reduzida, que influem negativamente na receita dos Estados. De forma a combater o abuso fiscal ao nível das CDT's, os Estados-membros são incentivados a incluírem nas suas convenções fiscais celebradas com outros Estados-membros, bem como Estados terceiros, uma norma geral antiabuso assente numa regra PPT, com o seguinte modelo: “*O benefício não deverá ser atribuído face a um determinado rendimento ou capital, na medida em que se afigure razoável concluir, atendendo a todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício tenha sido uma das finalidades essenciais de qualquer esquema incorrido ou transação realizada, que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, salvo quando se determine que a operação reflete uma realidade económica existente, ou que as circunstâncias em que o benefício foi atribuído estão em conformidade com o objeto e espírito das normas da Convenção.*”⁶⁷ (tradução nossa).

⁶⁷ Uma versão ligeiramente diferente consta do Relatório intitulado “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*” com a seguinte redação: “*O benefício não deverá ser atribuído face a um determinado rendimento ou capital, na medida em que se afigure razoável concluir, atendendo a todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício tenha sido uma das finalidades principais de qualquer esquema incorrido ou transação realizada que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, salvo quando se determine que as circunstâncias em que o benefício foi atribuído estão em conformidade com o objeto e espírito das normas da Convenção*”(tradução nossa), cfr. OECD, “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6 – 2015 Final Report*”, OECD Publishing, 2015, p. 55, disponível em www.oecd.org. A transposição da norma modelo da OCDE para a Recomendação da Comissão foi, no entanto, efetuada à luz da doutrina do conceito de

XXIX. Por fim, a Comunicação sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva propõe um programa de ação para uma nova estratégia externa da UE relativa à tributação eficaz. Neste sentido, foi anunciado o elenco de medidas destinadas a concretizar um cenário de boa governação fiscal no contexto da tributação internacional, com vista a fortalecer o combate às ameaças externas provocadas pela erosão da base tributária, zelando pela garantia de condições de concorrência equitativas para todas as empresas.

No âmbito deste programa, os Estados-membros apelaram para que fosse adotada a nível da UE uma abordagem para enfrentar os desafios externos relativos à sua base tributária, dada a dimensão mundial da concorrência fiscal prejudicial e do planeamento fiscal agressivo. Além disso, o Parlamento Europeu exigiu uma posição unificada da UE sobre os acordos fiscais internacionais e uma posição mais firme contra os paraísos fiscais, no âmbito do seu trabalho de combate à elisão fiscal das empresas⁶⁸.

Atualmente, a tributação eficaz, no que respeita a países terceiros, é concretizada através de medidas contra a elisão fiscal que tendem a divergir de forma significativa. Entre as diversas abordagens nacionais constam as listas brancas, cinzentas ou negras, disposições específicas para jurisdições com um nível mais baixo de tributação ou sem qualquer tributação, ou disposições individuais de combate a práticas abusivas⁶⁹. Contudo, a diversidade de abordagens dos Estados-membros envia sinais contraditórios aos parceiros internacionais sobre as expectativas da UE em matéria de boa governação fiscal e gera dúvidas sobre quando serão desencadeados os mecanismos de defesa.

abuso fiscal, em conformidade com a jurisprudência assente do *TJ*. A Recomendação por parte da Comissão apresenta uma configuração *sui generis*, ao reunir elementos do conceito de abuso preconizado em jurisprudência referente a impostos diretos e indiretos. Com efeito, um dos pressupostos essenciais na determinação do abuso consiste na circunstância da obtenção da vantagem fiscal se traduzir numa das finalidades essenciais da operação, neste sentido cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 62. Contudo, também aqui se verifica a aplicação da doutrina do abuso fiscal em impostos indiretos, na linha do que foi preconizado em *Ocean Finance*, uma vez que a operação financeira é também objeto de escrutínio, através da aplicação do teste da artificialidade a cada caso em concreto. Desta forma, não basta apenas analisar se a operação em causa tem como uma das finalidades essenciais a obtenção de uma vantagem fiscal, será também necessário analisar se a mesma reflete uma realidade económica real, ou se, pelo contrário, é composta por transações que se inserem num esquema puramente artificial. Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.6.2013, C-653/11, *Ocean Finance*, § 44 – 46.

⁶⁸ Relatório do Parlamento Europeu, de 2 de dezembro de 2015, com recomendações à Comissão sobre assegurar a transparência, a coordenação e a convergência de políticas de tributação das sociedades na União, disponível em <http://www.europarl.europa.eu>.

⁶⁹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva, COM(2016) 24 final, de 28 de Janeiro de 2016, p. 2, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

Com efeito, a aplicação sistemática de critérios de boa governação pressupõe a adequada coordenação das políticas internas, pois uma abordagem comum em relação às jurisdições de países terceiros em matéria de boa governação fiscal é um dos elementos fundamentais para garantir uma tributação justa e efetiva.

Desta forma, a Comissão pretende combater as ameaças externas causadas pela elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, através de um conjunto de medidas que visam garantir uma tributação efetiva no mercado único e assegurar uma tributação mais justa das sociedades dentro e fora da UE, tais como a convergência de critérios de boa governação (por forma a serem uniformemente aplicados), o reforço da cooperação em matéria de boa governação fiscal através da celebração de acordos com países terceiros, o incentivo ao cumprimento, por parte de países terceiros, das normas em matéria de boa governação, a criação de um sistema comum para a elaboração e avaliação de listas de países terceiros e uma proposta de integração no Regulamento Financeiro, no âmbito da sua atual revisão, das normas atualizadas da UE em matéria de boa governação fiscal, incluindo a concorrência leal em matéria fiscal.

2. A PROPOSTA DE DIRETIVA QUE ESTABELECE REGRAS CONTRA AS PRÁTICAS DE ELISÃO FISCAL QUE AFETAM DIRETAMENTE O FUNCIONAMENTO DO MERCADO INTERNO

2.1. INTRODUÇÃO

I. A Proposta de Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno constitui um dos elementos do Pacote Antielisão Fiscal da Comissão e pretende dar resposta a uma série de novos e importantes desenvolvimentos e prioridades políticas em matéria de tributação das sociedades.

A proposta traduz uma forte ligação aos trabalhos da OCDE relativos ao Projeto BEPS, e concretiza o compromisso assumido pela Comissão, em junho de 2015, aquando da adoção do Plano de Ação para uma tributação justa e eficaz. Por conseguinte, a mesma estabelece, no seu Capítulo II, regras juridicamente vinculativas, que assumem a forma de cláusulas gerais e se destinam a combater práticas de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, as quais afetam o funcionamento do Mercado Interno, em seis domínios específicos: dedutibilidade dos juros (artigo 4.º), tributação à saída (artigo 5.º), cláusula

switch over (artigo 6.º), regra geral antiabuso (artigo 7.º), regras relativas a CFC's (artigo 8.º e 9.º) e um quadro para enfrentar as assimetrias híbridas (artigo 10.º).

II. Cumpre referir que a Proposta de Diretiva comporta uma cláusula *de minimis* no seu artigo 3.º, sob a designação *nível mínimo de proteção*, de acordo com a qual é permitido aos Estados-membros legislar em sentido mais restrito, ao abrigo da sua lei interna, ou no âmbito de CDT's, garantindo um nível de proteção mais elevado das bases tributáveis nacionais. No entanto, caso as disposições internas, ou constantes de CDT's, não sejam estruturadas à luz das Liberdades Fundamentais e da jurisprudência assente do TJ, tais emanações são suscetíveis de acentuar as disparidades entre sistemas fiscais, ao culminarem com medidas unilaterais que consubstanciam obstáculos ao Mercado Interno. Por outro lado, como denota ANA PAULA DOURADO, a consagração de uma cláusula *de maximis*, apesar de proporcionar uma maior segurança jurídica, traduzir-se-ia numa solução legal insuscetível de culminar com uma abordagem uniformizada, face aos obstáculos que se objetivam suprir⁷⁰, uma vez que confere a possibilidade de os Estados-membros legislares livremente diante de um determinado espaço limitado, ao invés do que sucede com uma cláusula *de minimis*, onde o sentido legislativo é definido *ab initio*.

III. O seu respetivo quadro legislativo parte do estudo realizado no âmbito do BEPS e procura conferir um grau mínimo de uniformização na execução das medidas aí consideradas para combater o fenómeno da erosão da base tributária e transferência de lucros, sem, contudo, obstar à introdução de medidas mais rigorosas pelos Estados-membros.

A maioria dos Estados-membros, na qualidade de membros da OCDE, comprometeu-se a transpor, com urgência, os resultados do Projeto BEPS para o seu Ordenamento Jurídico. Porém, as soluções alcançadas no âmbito do Projeto BEPS consistem em recomendações de *soft law*, e a principal preocupação aqui prende-se com a potencial aplicação unilateral e divergente, por parte dos Estados-membros, suscetível de desencadear efeitos contrários aos pretendidos e afetar o regular funcionamento do Mercado Interno. Desta forma, a Comissão considerou fundamental que a transposição das medidas do BEPS para o Ordenamento Jurídico de cada Estado-membro seja assegurada de forma coerente e coordenada.

⁷⁰ Ana Paula Dourado, "The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?", *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, pp. 442 e 445.

IV. No que respeita às disposições específicas da proposta, as mesmas compõem um elenco relativamente abrangente de soluções destinadas a atuar sobre determinados domínios específicos, onde se verifica uma margem de oportunidade para a prossecução de práticas elisivas (sempre que o contribuinte revele uma conduta contrária ao propósito da lei) e de planeamento fiscal agressivo (diante do aproveitamento de disparidades provenientes da interação de dois ou múltiplos sistemas fiscais). E, pese embora se verifique uma certa tendência para a aglutinação dos referidos conceitos, as normas constantes da Proposta são claras quanto ao seu âmbito de aplicação e permitem distinguir em concreto as práticas sobre as quais visam respetivamente atuar⁷¹.

2.2. OUTRAS MEDIDAS

I. Prevista como o artigo 4.º da Diretiva, a regra relativa à dedutibilidade de juros objetiva limitar o valor dos juros que o contribuinte tem direito a deduzir durante um determinado exercício fiscal, atuando contra o fenómeno da erosão da base tributária, ao tornar pouco atrativo o financiamento de multinacionais em jurisdições de elevada tributação através da dívida. Para este efeito, o contribuinte pode deduzir os sobrecustos de empréstimos obtidos antes dos juros, impostos, depreciação e amortização, até 30% de um rácio fixado com base no lucro bruto de exploração do contribuinte, ou até € 1.000.000,00 euros, consoante o que for mais elevado. A dedução plena é, no entanto, admitida, sempre que o rácio entre o valor do capital próprio e o total dos seus ativos for igual ou superior ao rácio equivalente do grupo, diante da observação de determinadas condições. As entidades financeiras foram excluídas do escopo da presente norma.

Em termos comparativos, o montante do rácio aqui contemplado supera o previsto nas recomendações constantes do Relatório Final da Ação 4 do BEPS, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*⁷², estabelecendo assim um quadro mínimo rigoroso em matéria de capitalização.

⁷¹ Ana Paula Dourado, “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, p. 441.

⁷² Nos termos do qual se estipulou a fixação de um rácio variável entre os 10% e os 30%, ao passo que a norma constante da Proposta de Diretiva prevê o valor máximo inicialmente previsto pela OCDE. Para mais informações, consultar OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments – Action 4*, disponível em <http://www.oecd.org>.

O carácter demasiado vago da redação constante do artigo 4.º veio também suscitar questões que se prendem com a interpretação da presente norma, nomeadamente, o alegado confronto com a legislação interna de alguns países⁷³ e a dúvida quanto ao seu âmbito de aplicação efetivo (isto é, se a norma visa aplicar-se ao grupo empresarial tido à sua globalidade, ou se, pelo contrário, deverão as várias empresas que o compõem ser tratadas com entidades separadas (*separate entity approach*)).

Figuram como críticas apontadas o risco de dupla tributação do montante objeto de reporte de prejuízos e o efeito desproporcional da norma, em virtude de abranger ambas empresas individualizadas e pertencentes a um grupo empresarial⁷⁴.

Com efeito, a norma proposta carece de critérios suficientemente precisos que permitam a sua adequada aplicação, e a determinação de um padrão mínimo, tendo por referência um rácio tão elevado é suscetível de criar um cenário pouco atrativo ao investimento na União Europeia. Por outro lado, a inaplicabilidade do regime da dedutibilidade de juros à escala global não permite assegurar um *level playing field*⁷⁵ em matéria de competitividade.

II. Em matéria de tributação à saída, o artigo 5.º vem determinar que, caso um contribuinte transfira ativos para fora da jurisdição fiscal de um Estado-membro, esse Estado-membro, no momento da saída, deverá sujeitar tal operação a tributação, tendo por valor de referência, o valor de mercado dos ativos transferidos.

A tributação à saída tem como função garantir que esse Estado tributa o valor económico de quaisquer mais-valias geradas no seu território, mesmo que essas ainda não tenham sido realizadas no momento da saída e destina-se a prevenir a erosão da base tributária no Estado de partida e a transferência de lucros futuros, que normalmente são

⁷³ Tais como a Alemanha, onde o princípio da capacidade contributiva se concretiza, *inter alia*, através da tributação do rendimento líquido. A norma do artigo 4.º é claramente contrária ao disposto na Constituição Alemã, ao prever uma dedução com base no montante bruto, v. Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 119. De igual forma, a semelhança do sistema fiscal do Luxemburgo ao sistema fiscal da Alemanha suscitou a mesma questão de compatibilidade, por parte de outros autores, v. Oliver R. Hoor/Keith O’Donnel/Samantha Schmitz-Merle, “EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective”, *European Taxation*, May 2016, p. 194. Identicamente, no Ordenamento Jurídico português, encontra-se constitucionalmente prevista a tributação do rendimento real das empresas a partir do respetivo rendimento líquido, *vide* artigo n.º 104/2 da CRP.

⁷⁴ Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 118 e 119.

⁷⁵ Oliver R. Hoor/Keith O’Donnel/Samantha Schmitz-Merle, “EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective”, *European Taxation*, May 2016, p. 193.

encaminhados para uma jurisdição de baixa tributação⁷⁶. Tratam-se de normas de cariz interno, delineadas à luz das características do sistema fiscal de cada Estado-membro, pese embora condicionadas pelas Liberdades Fundamentais, constantes do Tratado e da jurisprudência do TJ⁷⁷. Tal assim o é, que o artigo 5.º da Proposta começa por reconhecer a necessidade de sujeição a imposto, aquando do momento da saída dos ativos transferidos. Esta noção, contudo, não traduz um princípio absoluto, uma vez que se observa, não apenas a imposição de um valor de referência – o valor de mercado –, como também se encontram previstas circunstâncias nas quais o valor dos ativos transferidos deverá ser deduzido para efeitos fiscais, em conformidade com as Liberdades Fundamentais e a jurisprudência assente do TJ. No que respeita ao cálculo do valor de mercado, a inexistência de um método uniformizado inevitavelmente proporciona a confluência de diferentes métodos de avaliação e cálculo, pelo que a eventualidade de daí surgirem situações de dupla tributação não pode ser, de todo, excluída⁷⁸.

Por outro lado, é conferida a possibilidade de diferimento do pagamento do imposto por um determinado período e de proceder a pagamentos faseados. Estão excluídas do âmbito da presente norma as transferências de carácter temporário, sempre que qualificadas como transferências sujeitas a retorno, nos termos da legislação do Estado-membro do autor da transferência. O regime proposto é, no entanto, apenas aplicável a transferências intra-UE, encontrando-se, deste modo, excluídas as transferências fora do território europeu, proporcionando um tratamento discriminatório para com países terceiros, ao sujeitar a tributação imediata as transferências de ativos realizadas para fora da UE⁷⁹. Tal assim o é, que levou a Confédération Fiscale Européenne

⁷⁶ Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, COM (2016) 25 final, de 28 de janeiro de 2016, p. 8.

⁷⁷ As normas relativas à tributação à saída foram já várias vezes objeto de escrutínio pelo Tribunal, que as declarou como violadoras da liberdade de estabelecimento e também de capital, esta última também aplicável a Estados terceiros. A propósito da violação da liberdade de estabelecimento *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.11.2011, C-371/10 *National Grid Indus* § 35 e ss; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31.01.2013, C-301/11 *Commission v. Netherlands* § 16 e ss; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31.01.2013, C-64/11 *Commission v. Spain* § 26 e ss; Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.07.2013, C-261/11 *Commission v. Denmark* § 25 e ss e Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.05.2015, C-657/13 *Verder LabTec* § 32 e ss; quanto à violação da liberdade de capital *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.01.2014, C-164/12 *DMC* § 28 e ss. Trata-se de um tratamento discriminatório que, contudo, encontra justificação na justa atribuição de direitos tributários, neste sentido e já citado, Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.11.2011, C-371/10 *National Grid Indus* § 46 e ss.

⁷⁸ Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 120.

⁷⁹ *Idem, ibidem.*

(CFE) a concluir que o regime em apreço se encontra em violação das Liberdades Fundamentais⁸⁰.

A norma de tributação à saída não corresponde às recomendações emitidas pela OCDE no âmbito do Relatório *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*⁸¹, o qual previa a implementação de mecanismos de cooperação mútua.

III. A cláusula de *switch-over* aqui contemplada no artigo 6.º da Proposta é aplicável diante da interação com um Estado terceiro, sempre que um contribuinte aufera desse Estado terceiro rendimentos provenientes de um EE, de distribuições de lucros por parte de uma filial ou do produto da alienação de quotas e ações detidas numa empresa. Atendendo às dificuldades inerentes ao cálculo do valor do imposto pago no estrangeiro, de modo a garantir a dedução do crédito do imposto aí pago, os Estados-membros tendem cada vez mais a isentar da tributação esses rendimentos provenientes do estrangeiro⁸².

Contudo, não raro se verificam situações de dupla não tributação intencionada, em virtude de a interação entre sistemas fiscais conduzir a esse resultado, dada a aplicação simultânea do regime do Estado da fonte e do Estado da residência, sendo que ambos preveem a isenção do rendimento em questão. Neste sentido, uma cláusula de *switch-over* opera em função do cálculo do imposto pago no estrangeiro, à luz de um limiar de baixa tributação – aqui contemplado em até 40% da média das taxas legais de imposto sobre as sociedades aplicável na UE.

Desta forma, uma vez verificando que o imposto pago no estrangeiro corresponde a um valor inferior a 40%, tendo por referência a taxa legal de imposto que seria aplicada ao abrigo do regime do imposto sobre as sociedades vigente no Estado-membro do contribuinte, os rendimentos passam a ser sujeitos a tributação, não havendo lugar a isenção (observando-se assim a alteração do método da isenção para o método do crédito). Diante destas circunstâncias, o contribuinte deve ser tributado pelos rendimentos gerados no estrangeiro, podendo deduzir da sua carga fiscal o imposto pago no Estado terceiro. A referência ao valor do imposto calculado à luz do regime do Estado-membro apresenta-

⁸⁰ Confédération Fiscale Européenne (CFE), Fiscal Committee Opinion Release, Opinion Statement FC 3/2016 on the Proposal for an EU Anti-Tax Avoidance Directive, 25 de Março de 2016, disponível em <http://www.cfe-eutax.org>.

⁸¹ OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, OECD Publishing, 2015, p. 90, disponível em <http://www.oecd.org>.

⁸² Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, COM (2016) 25 final, de 28 de janeiro de 2016, p. 8.

se como a solução viável, diante da falta de harmonização fiscal e, conseqüentemente, da coexistência de várias taxas de imposto, que variam de jurisdição para jurisdição.

A presente cláusula de *switch-over* consubstancia uma iniciativa avançada pela Comissão, não se encontrando previsto nenhum mecanismo semelhante no âmbito do Projeto BEPS.

No entanto, como denota ALAIN THIELEMANS⁸³, a eficácia desta norma é questionável, uma vez que a sua aplicação ficará dependente do valor da taxa vigente no Estado-membro da residência do contribuinte, facto que determina um tratamento fiscal diferente do mesmo rendimento proveniente de um Estado terceiro, perante várias jurisdições na UE. Com efeito, num cenário de falta de harmonização fiscal, a inexistência de uma taxa única de imposto sobre as sociedades resulta numa aplicação diferente da cláusula de *switch-over*, e confere ao contribuinte a possibilidade de proceder ao planeamento fiscal em função do tratamento fiscal na UE que se lhe afigure mais conveniente. Tratam-se de efeitos claramente não pretendidos. Por outro lado, a Proposta de Diretiva sugere a aplicação simultânea de uma cláusula *switch-over* e de normas CFC, sem que para tal sejam proporcionados critérios que permitam a sua adequada articulação, aumentando assim o risco de dupla tributação aquando da interação das mesmas⁸⁴.

O artigo 6.º configura, sem dúvida, a proposta mais controversa de entre o elenco de normas constantes de Proposta de Diretiva. Neste sentido, várias outras críticas lhe foram apontadas, tais como a sua ineficácia no combate à elisão fiscal, em virtude de se tratar de uma medida que procura fixar um padrão de tributação dos lucros das sociedades, mais orientada para a arrecadação de receita e não tanto à remoção do referido obstáculo⁸⁵. Acresce que a sua aplicação pode implicar a violação, por parte dos Estados-membros, dos compromissos assumidos em sede de CDT celebradas com países

⁸³ Alain Thielemans, “The European Commission’s proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive: the switch-over clause – some initial remarks”, publicado a 5 de fevereiro de 2016, disponível em <http://www.internationaltaxplaza.info>.

⁸⁴ Neste sentido, *vide* Confédération Fiscale Européenne (CFE), Fiscal Committee Opinion Release, Opinion Statement FC 3/2016 on the Proposal for an EU Anti-Tax Avoidance Directive, 25 de Março de 2016, disponível em <http://www.cfe-eutax.org>.

⁸⁵ Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 122 e 123.

terceiros⁸⁶. Por outro lado, como refere ISABELLA DE GROOT, a cláusula de *switch-over* pode conduzir à implementação de um regime discriminatório⁸⁷.

No que respeita à sua inserção na presente Proposta, não se compreende a consagração de uma cláusula de *switch-over* num elenco que já contém normas CFC, as quais atuam diante de taxas de tributação efetiva entre sociedade controladora e sociedade controlada. A coexistência de normas que visam atuar sobre as mesmas situações gera dúvidas quanto à qual se afigura mais adequada no caso em concreto, e é tida como uma consagração infeliz, e, até, um pouco inconsistente⁸⁸. Por outro lado, a cláusula de *switch-over* parece assumir um carácter complementar face às normas CFC, o que poderia levar muitos Estados-membros a considerar tal regime como alternativo ou até mesmo opcional às CFC⁸⁹.

IV. A Proposta consagra no seu artigo 7.º uma cláusula geral antiabuso (GAAR), a qual objetiva excluir, do cálculo da carga fiscal das sociedades, quaisquer montagens fictícias realizadas, que anulem o objeto ou a finalidade das disposições fiscais aplicáveis, com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal. O próprio artigo esclarece que a montagem será considerada fictícia, na medida em que não tenha sido estabelecida à luz de motivos comerciais válidos que reflitam a realidade económica.

A norma proposta consubstancia uma tentativa de estabelecer uma regra geral antiabuso uniformizada, suscetível de atuar diante de situações não abrangidas pelas normas especiais antiabuso existentes no direito secundário da UE⁹⁰, supostamente

⁸⁶ *Idem*, p. 123; Oliver R. Hoor/Keith O'Donnell/Samantha Schmitz-Merle, "EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective", *European Taxation*, May 2016, p. 194.

⁸⁷ Neste sentido, a autora considera que a circunstância de uma sociedade situada num Estado terceiro ser sujeita a uma taxa de imposto substancialmente mais reduzida não coloca o seu respetivo acionista numa situação diferente da de um acionista de uma sociedade situada na UE. Ora, tratando-se de situações comparáveis, a aplicação da cláusula resulta num tratamento discriminatório, *vide* Isabella de Groot, "The Switch-over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms", *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-3, pp. 165.

⁸⁸ Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, "The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts", *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 122.

⁸⁹ Ana Paula Dourado, "The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?", *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, p. 441.

⁹⁰ Cfr. artigo 15.º da Diretiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-membro para outro; artigo 5.º da Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes; n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, nos termos da redação dada pela Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, que altera a

aplicando a doutrina da artificialidade avançada pelo TJ⁹¹. Diante da sua aplicação, o cálculo da carga fiscal será calculado com base na substância económica da montagem fictícia, em conformidade com a legislação nacional.

A introdução de uma GAAR já outrora se encontrava prevista no âmbito da Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo⁹². Com efeito, foi recomendada uma GAAR ao nível da legislação dos Estado-membros, sendo que a mesma dever-se-ia encontrar adaptada às situações nacionais e além-fronteiras, que apenas digam respeito à União e sempre que países terceiros estejam envolvidos. Porém, as Recomendações constituem instrumentos de *soft law*, e, por conseguinte, a ausência de vinculatividade que lhes é inerente traduz um carácter meramente opcional do seu cumprimento, bem como confere aos Estados-membros total autonomia na estruturação da disposição legal recomendada.

Em termos comparativos, a presente GAAR observa uma estrutura semelhante à GAAR constante da Recomendação *supra*, ao reunir elementos, tais como, o critério da realidade económica da mesma, o objetivo essencial de obtenção de uma vantagem fiscal e a incompatibilidade com a finalidade inerente às normas contornadas. Com efeito, também estes elementos se encontram previstos na GAAR recomendada e refletem o entendimento doutrinário do TJ em matéria de abuso fiscal na UE⁹³.

Contudo, a GAAR constante da Proposta é demasiado abrangente e vaga no que respeita ao seu âmbito de aplicação⁹⁴, uma vez que não procede a uma adequada densificação de conceitos⁹⁵. Neste sentido, o conceito de “montagem fictícia” não se encontra devidamente desenvolvido, ao invés do que fora consagrado em sede da Recomendação⁹⁶. Por outro lado, o recurso a essa mesma expressão nem encontra

Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes.

⁹¹ Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno, de 28 de janeiro de 2016, COM (2016) 26 final, p. 10.

⁹² Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, C (2012) 8806 final, de 6 de dezembro, disponível em <http://ec.europa.eu/>, p. 4.

⁹³ Sobre o conceito de abuso fiscal na UE e doutrina do TJ, v. *supra* ponto 1. do Capítulo I.

⁹⁴ A título exemplificativo, não é claro se as retenções na fonte relevam para o cálculo do imposto devido após aplicação da norma, neste sentido Ana Paula Dourado, “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, p. 442.

⁹⁵ Neste domínio, a GAAR recomendada proporciona uma orientação bem mais detalhada, revelando um maior grau de preocupação na densificação de conceitos como montagem artificial, essencialidade da montagem na obtenção da vantagem fiscal, incompatibilidade com o propósito da lei, substância económica, cfr. Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, C (2012) 8806 final, de 6 de dezembro, disponível em <http://ec.europa.eu/>, pp. 4-6.

⁹⁶ Note-se que, a GAAR recomendada apenas faz referência a “montagens artificiais”, conceito que observa uma maior densificação no parágrafo 4.3. da Recomendação, descrito como transação, esquema, ação, operação, acordo, concessão, entendimento, promessa, investimento (undertaking) ou evento, cfr.

correspondência com o disposto na Recomendação, nem tampouco se compatibiliza com a doutrina do abuso fiscal na UE preconizada pelo TJ, que tem vindo, ao longo da sua jurisprudência, a fazer referência expressa a “expediente artificial”⁹⁷.

Certamente que a diferença quanto ao vocábulo utilizado não vem retirar, em termos de substância, o alcance do critério da artificialidade, pelo que, salvo melhor opinião, nos parece que o recurso à expressão “montagem fictícia” vem refletir exatamente o mesmo teor. No entanto, não se compreende o recurso a uma expressão distinta da que, até ao momento, tem vindo a ser utilizada, uma vez que apenas suscita mais dúvidas interpretativas, não contribuindo para a uniformização de conceitos.

Mais nos parece que a uniformização do conceito de abuso no plano europeu ficou aquém do que seria expectável, com a propositura da presente GAAR, não apenas dada a consagração de um novo elemento integrante do conceito de abuso (leia-se “montagem fictícia”), mas também pela consagração de um regime, o qual, em última instância, remete para a legislação nacional a forma como o cálculo da substância económica deverá ser efetuado, para efeitos de recharacterização da operação. A qualificação da operação ficará, deste modo, sujeita à interpretação avançada por cada Estado-membro, pese embora se imponha, como ponto de partida, o elemento da substância económica como elemento fundamental no processo de recharacterização.

Neste sentido, não podemos deixar de concordar com a crítica manifestada na Opinião do Comité Fiscal da CFE⁹⁸, nos termos da qual se questiona a eficácia de uma GAAR com a presente configuração, face à possibilidade dos seus conceitos, por serem indeterminados, serem suscetíveis de interpretações distintas pelos diferentes Estados-membros, *maxime* no que respeita à qualificação dada pelos Estados-membros, aquando do processo de recharacterização. Acresce que, na maioria dos Estados-membros, o sistema fiscal já prevê a aplicação de uma norma geral antiabuso, cuja articulação com a presente GAAR não foi devidamente esclarecida. No entanto, consideramos que, à luz do presente contexto, poder-se-á desconsiderar a mesma, uma vez que a GAAR objetiva combater situações de abuso e fraude no contexto das Liberdades Fundamentais

Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, C (2012) 8806 final, de 6 de dezembro, disponível em <http://ec.europa.eu/>, p. 4.

⁹⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.3.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, entre outros.

⁹⁸ Confédération Fiscale Européenne (CFE), Fiscal Committee Opinion Release, Opinion Statement FC 3/2016 on the Proposal for an EU Anti-Tax Avoidance Directive, 25 de Março de 2016, disponível em <http://www.cfe-eutax.org>.

constantes do Tratado, não interferindo com as disposições nacionais que objetivam combater o abuso fiscal a nível interno.

Por último, o recurso à expressão “propósito essencial” culmina com a delimitação do elemento subjetivo da presente cláusula, necessário para a determinação da existência de uma conduta abusiva. Ao redefinir o elemento subjetivo, a obtenção de uma vantagem fiscal necessariamente terá de constar como a motivação essencial do contribuinte para ingressar no esquema abusivo, e não apenas uma das principais motivações, contrariamente ao entendimento proferido pelo TJ, ao longo do processo de edificação do conceito de abuso fiscal na UE no domínio dos impostos diretos, mas curiosamente em conformidade com a doutrina de abuso fiscal inicialmente adotada em sede de IVA, no acórdão *Halifax*⁹⁹, pese embora abandonada em acórdãos subsequentes, por se considerar o critério da essencialidade como insuficiente na determinação de uma situação abusiva, na medida em que a obtenção de uma vantagem fiscal nem sempre se traduz numa motivação contrária ao propósito das disposições antiabuso¹⁰⁰. A doutrina avançada em *Ocean Finance*¹⁰¹ foi determinante na reformulação da componente subjetiva, ao exigir que a obtenção de uma vantagem fiscal consubstancie o propósito exclusivo da operação incorrida.

No entanto, a mesma terminologia pode ser encontrada na Diretiva das Fusões¹⁰² e na Diretiva Juros e Royalties¹⁰³, embora a redação dada pela Diretiva das Fusões apresente uma maior margem de apreciação, ao consagrar ambas as hipóteses, isto é, a eventualidade da obtenção de uma vantagem fiscal, por via de uma conduta evasiva ou elisiva, constar como o “principal objetivo” ou “um dos principais objetivos”.

Diante do exposto, torna-se questionável se o carácter *de minimis* previsto no artigo 3.º da Proposta, e refletido no teor da GAAR, culmina com uma solução viável do ponto de vista da neutralização dos esquemas de abuso fiscal, uma vez que, na tentativa de estabelecer uma medida uniformizada, com vista a atuar sobre situações de abuso, foi antes concebida uma orientação mínima a qual, por sua vez, deixa em aberto um elenco

⁹⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.02.2006, C- 255/02, *Halifax and Others* § 75.

¹⁰⁰ Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.12.2010, C- 103/09, *Weald Leasing* § 33.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.06.2013, C- 653/11, *Ocean Finance* § 52.

¹⁰² Alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º da Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro de 2009 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-membro para outro.

¹⁰³ N.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes.

de conceitos, suscetíveis de serem livremente interpretados pelos Estados-membros, e que apenas vem reforçar a insegurança jurídica dos contribuintes neste domínio¹⁰⁴.

Acresce ainda a circunstância de o TJ poder declarar a existência de uma medida consubstanciada num auxílio de Estado proibido pelo Tratado, diante da não aplicação da GAAR, por parte de um Estado-membro, à revelia do entendimento do TJ¹⁰⁵. Não esqueçamos que a aprovação de uma GAAR implica a sua adequada transposição e, bem assim, a concretização pelo direito interno dos Estados-membros, sendo a sua aplicação submetida ao escrutínio do TJ, através de uma análise de compatibilidade com as Liberdades Fundamentais constantes do Tratado.

V. Os artigos 8.º e 9.º da Proposta são dedicados a regras relativas às sociedades estrangeiras controladas (CFC). As normas CFC têm por objetivo eliminar o incentivo à transferência de rendimentos de uma sociedade-mãe para filiais estrategicamente posicionadas em jurisdições de baixa tributação, por forma a reduzir a carga fiscal global do grupo, atuando em proteção da base tributária do país de residência¹⁰⁶.

No quadro europeu, este tipo de práticas naturalmente afetam o funcionamento do Mercado Interno, *maxime* quando o rendimento é transferido para Estados terceiros de baixa tributação¹⁰⁷. Desta forma, a Comissão considerou essencial incluir na presente Proposta um conjunto de normas destinadas a proteger a base tributária do Estado de residência da sociedade-mãe.

Para tal, encontra-se prevista a inclusão, ao nível do rendimento tributável da sociedade-mãe, do valor correspondente aos rendimentos não distribuídos por filiais detidas em Estados terceiros, quando se verifique que a sociedade-mãe tenha direito a receber 50% dos lucros, ou caso detenha 50% a título de participação direta ou indireta no capital.

Observadas as referidas condições, a norma CFC obriga à inclusão no lucro tributável da sociedade-mãe dos rendimentos não distribuídos provenientes de filiais detidas no exterior, sempre que tais rendimentos tenham aí sido submetidos a uma taxa

¹⁰⁴ Oliver R. Hoor/Keith O'Donnel/Samantha Schmitz-Merle, "EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective", *European Taxation*, May 2016, p. 195.

¹⁰⁵ Neste sentido, Sjoerd Douma/Alexia Kardachaki, "The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt to International Tax Rules to the Business Models of Multinational Enterprises", *Intertax*, vol. 44, Issue 10, October 2016, p. 753.

¹⁰⁶ Ana Paula Dourado, "The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU", *British Tax Review*, no. 3, 2015, p. 342.

¹⁰⁷ Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, COM (2016) 25 final, de 28 de janeiro de 2016, p. 10.

efetiva de imposto inferior a 40% da taxa efetiva de imposto que seria aplicada no âmbito do sistema de tributação das sociedades aplicável no Estado-membro da sociedade-mãe. Os tipos de rendimentos abrangidos pela CFC encontram-se elencados no artigo 8.º. Trata-se de uma norma que segue a linha das recomendações emitidas no âmbito do Relatório Final da OCDE sobre a matéria¹⁰⁸.

Encontram-se excluídas da aplicação da norma, as entidades financeiras, cujos rendimentos provenientes de operações com o contribuinte ou com as suas empresas associadas não ultrapassem 50% do rendimento total auferido, as sociedades residentes na UE ou num país que seja parte no acordo EEE e estabelecimentos estáveis de uma empresa situada num Estado terceiro, salvo se este último corresponder a uma montagem fictícia, conceito cuja densificação se dá nos termos do n.º 2 do artigo 8.º.

Por sua vez, o artigo 9.º estabelece a forma de cálculo do rendimento a ser incluído no lucro tributável da sociedade-mãe, que deverá ser efetuada à luz do regime fiscal aplicável no Estado-membro da sua residência. Existem, no entanto, algumas especificidades quanto ao modo como o cálculo deve ser efetuado, *inter alia*, a questão da proporcionalidade, o período fiscal a considerar e o risco de dupla tributação.

No que respeita à tributação, por referência à taxa efetiva aplicada sobre os rendimentos da sociedade controlada no estrangeiro, a consideração de um valor que se assume muitas vezes indefinido, atendendo aos vários elementos que poderão concorrer para a determinação da referida taxa, torna suscetível a aplicação distinta da norma CFC pelos Estados-membros, não apenas em virtude de a mesma variar de entidade para entidade, como também de país para país. Diante do presente cenário, várias são as situações que podem suceder. Por um lado, pode-se observar a adoção, por parte de multinacionais, de estratégias de planeamento caracterizadas pela deslocalização da sede para Estados-membros cuja taxa em vigor se afigure mais baixa¹⁰⁹. Também o mesmo tipo de planeamento se aplica, relativamente às sociedades afiliadas detidas em países terceiros com uma taxa efetiva a qual, por um diferencial mínimo, se encontra abaixo dos 40% e, conseqüentemente, não permite a aplicação da norma, sendo excluída do seu escopo. De igual forma não pode ser ignorada a circunstância de nos encontrarmos perante uma discriminação horizontal, sempre que uma sociedade-mãe detenha várias

¹⁰⁸ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, disponível em <http://www.oecd.org>.

¹⁰⁹ Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 125.

afiliadas no exterior, sujeitas a um tratamento diferente no Estado-membro onde se encontra sediada a sociedade-mãe, em virtude da taxa que lhes é aplicada nas respetivas jurisdições onde operam. Neste sentido, importa recordar que a liberdade de capital consagrada no artigo 63.º do TFUE é extensível a Estados terceiros e, bem assim, condena a existência de tratamento discriminatório neste contexto. Pode ser, no entanto, passível de justificação.

Mais acresce que a norma especial antiabuso inserida no n.º 2 artigo 8.º vem novamente fazer alusão ao conceito de montagem fictícia, à semelhança do que sucedeu a respeito da GAAR constante do artigo 7.º da Proposta. No entanto, apesar da referência à mesma expressão, esta consagra um sentido diferente do que fora adotado na GAAR, uma vez que, à luz do terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 8.º, o carácter fictício da montagem terá origem na impossibilidade de a sociedade controlada observar condições de manutenção no mercado, isto é, ativos e riscos que lhe permitissem gerar a totalidade ou parte dos seus rendimentos, caso não fosse controlada por outra sociedade. Concorre também para a referida análise, a circunstância de tal montagem apresentar como objetivo essencial a obtenção de uma vantagem fiscal, essencialidade esta que, tal como na GAAR, ao consubstanciar um conceito ainda não devidamente desenvolvido, resulta numa aplicação pouco uniforme aquando da sua interpretação pelos tribunais nacionais de cada Estado-membro, mais uma vez pouco acrescentando, assim, à uniformização de conceitos.

2.3. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

I. Por fim, o artigo 10.º consagra duas *linking rules*¹¹⁰, ambas destinadas a eliminar a dupla não tributação decorrente das assimetrias provocadas por figuras híbridas.

As figuras híbridas resultam de conflitos de qualificação jurídica originados pela interação de dois ou mais sistemas jurídicos, que, por conseguinte, culminam com um tratamento fiscal divergente a recair sobre um determinado elemento, o qual é aproveitado com vista à obtenção de uma vantagem fiscal indevida.

A norma em apreço concentra-se em dois tipos de figuras em específico: por um lado, entidades (entidades híbridas) e estabelecimentos estáveis e, por outro lado, instrumentos ou transferências híbridas (instrumentos híbridos), sendo que sobre estes

¹¹⁰ Para um aprofundamento da matéria, v. *infra* ponto 2.3. do Capítulo II.

recai um tratamento distinto que culmina com dupla dedução, ou dedução com correspondente não inclusão, de rendimentos.

II. As *linking rules*, previstas no artigo 10.º, objetivam, assim, neutralizar os efeitos provocados por figuras híbridas, corrigindo a assimetria deliberadamente originada, através de um alinhamento do tratamento jurídico que recai sobre o híbrido. A referência a Estados-membros é, já de si, delimitadora do escopo da norma, pelo que se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação, situações que envolvem Estados terceiros.

III. O primeiro parágrafo contempla uma *linking rule* dedicada aos efeitos produzidos por entidades híbridas, ou EE. A sua aplicação é despoletada sempre que: *a*) o mesmo pagamento, despesa ou perda dê lugar a uma dedução, não só no Estado-membro onde o pagamento é efetuado, como também no Estado-membro onde é recebido (situações D/D) ou então, *b*) sempre que ao mesmo pagamento, despesa ou perda seja admitida uma dedução, no Estado-membro onde é efetuado (fonte), sem a correspondente inclusão no lucro tributável (situações D/NI), no Estado-membro do destinatário (residência). Diante da previsão da norma, a qualificação jurídica dada pelo Estado da residência será alinhada em conformidade com a qualificação dada pelo Estado da fonte, e, bem assim, observará o mesmo tratamento jurídico.

Pese embora numa redação um pouco infeliz, no fundo o que se pretende transmitir com a presente norma é que o Estado-membro da residência, deverá assumir a qualificação dada pelo Estado-membro da fonte, quanto à entidade ou EE, e, bem assim, não admitir a dedução de um pagamento também dedutível noutro Estado-membro onde é emitido (D/D) ou forçar à inclusão, no lucro tributável, do valor correspondente ao pagamento, despesa ou perda, dedutível no Estado-membro da residência (D/NI). Desta forma, o tratamento jurídico que recai sobre a entidade será devidamente alinhado, e a aplicação das respetivas normas fiscais tornar-se-á coerente, evitando-se, assim, resultados discrepantes assentes em conflitos de qualificação, que culminam com a dupla não tributação do mesmo rendimento.

A solução aqui prevista tem por base as recomendações constantes do Relatório *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final*

*Report*¹¹¹. É certo que a OCDE propôs a interação de duas normas, numa lógica subsidiária, salvaguardando-se assim o princípio da tributação única, uma vez garantida a aplicação de uma norma secundária, na eventualidade da norma primária não ser aplicada. Contudo, a consagração de uma estrutura subsidiária foi considerada aqui desnecessária, potencialmente devido ao caráter vinculativo das Diretivas como ato jurídico da União Europeia, o qual objetiva fixar o resultado a alcançar, proporcionando, no entanto, margem de autonomia aos Estados-membros quanto aos meios necessários à sua concretização¹¹². Desta forma, a orientação proporcionada pela Diretiva em apreço vincula os Estados-membros ao seu cumprimento, e, uma vez existindo consequências face ao desrespeito pelas normas dela constantes, parte-se do pressuposto que os Estados-membros irão dar cumprimento à Diretiva.

Quanto à proibição da dedução ao nível do Estado-membro onde se situa a entidade que o recebe, esta encontra-se parcialmente compatível com as recomendações da OCDE, na medida em que as mesmas preveem esse mesmo mecanismo para situações de D/D originadas por entidades híbridas, pese embora não se afigure a única solução.

Porém, a norma aqui contemplada afasta-se, no que respeita à solução adotada em situações de D/NI, do que foi preconizado no Relatório Final *supra*, uma vez que consagra a solução secundária prevista no Relatório, isto é, a inclusão no rendimento tributável do valor do pagamento, no Estado-membro da residência, sempre que, para tal, se verifique que esse mesmo pagamento é dedutível no outro Estado-membro (fonte).

¹¹¹ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, disponível em www.oecd.org. Este Relatório Final foi publicado a 5 de outubro de 2015, e consistiu numa consolidação do já outrora disposto no Relatório *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2014 Deliverable*, OECD Publishing, 2014, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2014 Deliverable*, OECD Publishing, 2014, disponível em www.oecd.org. Nesta medida, observa-se, face ao Deliverable de 2014, a consagração de um maior elenco de figuras híbridas bem como de exemplos de esquemas com recurso a este tipo de figuras, pese embora a lógica da neutralização das normas recomendadas se mantenha em ambos os relatórios, uma vez que as recomendações emitidas promovem, *inter alia*, a introdução, ao nível do direito interno dos Estados, de normas com vista à neutralização dos efeitos de assimetrias híbridas, numa estrutura muito semelhante à anteriormente preconizada no *Deliverable* de 2014. Tal lógica assenta numa hierarquia de normas, a serem aplicadas de forma subsidiária, existindo uma norma primária e uma norma secundária, esta última subsidiariamente aplicável diante da ausência de aplicação da norma primária pelo outro Estado. No entanto, o Relatório Final coloca particular ênfase na questão da interação das referidas normas, atendendo ao elevado risco que pode resultar de uma aplicação descoordenada das mesmas. Procura-se, deste modo, promover uma melhor orientação, por forma a garantir a sua aplicação de forma coordenada. São também contemplados mais exemplos de esquemas, que poderão ser potencialmente aplicáveis a pagamentos de *royalties*, juros e bens, aos quais acresce a problematização de determinadas matérias que se prendem com capital regulatório híbrido, interação com normas CFC e empréstimos de ações.

¹¹² Em conformidade com o disposto no artigo 288.º do TFUE.

Com efeito, a OCDE apresentou como solução primária, a negação da dedução do pagamento ao nível do Estado da fonte¹¹³.

A adoção da solução secundária parece, no entanto, ponderar o entendimento do TJ, *inter alia*, em *Philips Electronics*^{114 115}. Embora diga respeito a uma potencial situação de D/D, o Tribunal concluiu que constituía uma manifesta restrição à liberdade de estabelecimento, consagrada no artigo 49.º do TFUE, “*o facto de uma legislação nacional submeter a possibilidade de transferir, através de uma dedução de grupo, para uma sociedade residente, as perdas sofridas pelo estabelecimento estável nesse Estado-membro da sociedade não residente, à condição de não ser possível utilizar essas perdas para os efeitos de um imposto estrangeiro, ao passo que a transferência das perdas sofridas nesse Estado-membro por uma sociedade residente não está sujeita a nenhuma condição equivalente*”.

Por essa mesma lógica de raciocínio, o recurso a uma norma que alinhasse o tratamento jurídico, proibindo a dedução ao nível do Estado da fonte, ao invés de forçar à inclusão no rendimento tributável no Estado da fonte, traduzir-se-ia numa solução potencialmente mais discriminatória e talvez tenha sido a base de inspiração para a assunção da norma subsidiariamente consagrada no Relatório Final da Ação 2 da OCDE e espelhada no 1.º parágrafo do artigo 10.º da Proposta.

No entanto, no âmbito do acórdão *supra*, o mesmo regime não vigorava para sociedades residentes, e, nesta medida, colidia com o disposto no artigo 49.º do TFUE. A sua natureza discriminatória advém do tratamento discrepante entre residentes e não residentes, e não da solução legislativa em si, uma vez que a proibição da dedução do valor das perdas não conduz a uma situação discriminatória *per se*, sempre que aplicada a todo o universo de contribuintes. Tal significa que, se porventura o regime vigente no Reino Unido fosse extensível a residentes, o mesmo encontrar-se-ia em conformidade com disposto no artigo 49.º do TFUE e a solução nele contemplada não seria, por sua vez, objeto de contestação, uma vez desprovida de conteúdo discriminatório. Desta forma, a proibição da dedução ao nível da residência seria válida sempre que igualmente aplicável a ambos residentes e não residentes.

¹¹³ V. *infra* pontos 3.2.1., 3.4.1. e 3.4.2. do Capítulo II.

¹¹⁴ European Commission Proposes Anti Avoidance Package, 5 February 2016, Tax Policy Bulletin, PWC, p. 6, disponível em <http://www.pwc.com>.

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.9.2012, C-18/11, *Philips Electronics UK Ltd*, § 20.

IV. Por fim, o segundo parágrafo do artigo 10.º prevê uma *linking rule* com vista a neutralizar os efeitos produzidos por instrumentos híbridos. Numa estrutura idêntica à prevista para as entidades híbridas, a norma faz novamente recair sobre o Estado-membro da residência a obrigação de proceder a uma requalificação em conformidade com tratamento dado pelo Estado-membro da fonte.

Assim, de igual forma se impõe o alinhamento da qualificação jurídica do instrumento híbrido em função da qualificação dada pelo Estado de onde sai o pagamento, forçando-se à inclusão no rendimento tributável no Estado-membro da residência do pagamento outrora isento. Mais uma vez, a configuração da *linking rule* proposta reflete a solução secundária recomendada pela OCDE, ao invés da solução primária, a qual correspondia à negação da dedução pelo Estado da fonte¹¹⁶.

V. A aplicação da norma do artigo 10.º despoletar-se-ia diante de um conflito de qualificação da entidade ou instrumento, e na medida em que este culmine com uma dupla dedução, ou uma dedução com correspondente não inclusão¹¹⁷.

A utilização de *linking rules* como forma de neutralização do fenómeno de dupla não tributação causado por híbridos consta como prática já incorporada na lei doméstica de alguns Estados-membros¹¹⁸. Tal permite concluir que a implementação deste tipo de normas não consubstanciará, em princípio, uma operação problemática. Aliás, a probabilidade de normas desta índole serem objeto de uma aplicação coordenada torna-se mais elevada, num espaço económico como a União Europeia, onde também já existem *linking rules*, aplicadas no contexto da Diretiva sociedades-mães/afiliadas¹¹⁹, na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º da referida Diretiva.

No entanto, surgem dúvidas quanto ao modo como a norma deverá ser despoletada. A redação proposta não esclarece até que ponto o carácter intencional do

¹¹⁶ V. *infra* ponto 3.1. do Capítulo II.

¹¹⁷ Aitor Navarro/Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, p. 127.

¹¹⁸ A título exemplificativo, o Código de Imposto sobre as Sociedades austríaco prevê, na alínea 10) do número 1 do seu artigo 12.º, uma norma primária que proíbe a dedução de juros ao nível da entidade pagadora, sempre que se verificar que o pagamento tem como destinatário uma sociedade estrangeira pertencente ao mesmo grupo empresarial, e esse mesmo pagamento não for sujeito a tributação. De igual forma, o Código de Imposto sobre as Sociedades espanhol contém na alínea j) do seu artigo 15.º uma norma que prevê que despesas oriundas de transações intra-grupo as quais, uma vez sujeitas a uma classificação fiscal discrepante, não geram rendimento, geram rendimento isento, ou sujeito a uma taxa de valor nominal inferior a 10% não serão consideradas despesas dedutíveis para efeitos fiscais. Tanto a lei austríaca como a lei espanhola preveem a existência de normas secundárias.

¹¹⁹ Diretiva 2014/86/UE do Conselho de 8 de julho de 2014 que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes

contribuinte, ou a inexistência deste, são decisivos na aplicação da norma. Neste sentido, não é claro se a norma dever-se-á aplicar automaticamente, sempre que diante da existência de uma situação de dupla tributação, ou se, pelo contrário, a intenção do contribuinte releva para efeitos de aplicação da norma, podendo este último ser excluído do presente regime, na eventualidade de se verificar que a situação de dupla não tributação não consubstancia um ato premeditado.

Contudo, é certo que nos encontramos diante de uma norma claramente “movida” em função de um elemento (entidade/instrumento) utilizado com vista à obtenção de um resultado (D/NI; D/D), o que já de si sugere que a norma aplicar-se-ia automaticamente independentemente do carácter intencional, ou não intencional, da operação que culmina com uma dupla não tributação.

VI. Igualmente de forma pouco esclarecedora surge a redação quanto à terminologia adotada. Com efeito, o Relatório Final da OCDE contém toda uma multiplicidade de figuras suscetíveis de produzir os resultados de D/D ou D/NI, simplesmente não previstas na Proposta, onde se optou por reduzir a uma dicotomia entre entidades híbridas e instrumentos híbridos. A ausência de uma previsão específica neste domínio corre, no entanto, o risco de instituir uma premissa, uma cláusula, propositadamente desenhada de forma geral, que converge para uma solução uniforme, porém suscetível de se afigurar insuficiente diante de situações que requerem normas de carácter mais específico, como é o caso das figuras híbridas.

VII. Por fim, a circunstância da norma proposta apenas vigorar num contexto intra-UE não proporciona condições de concorrência equitativas, nomeadamente no que respeita a transações com países terceiros, na medida em que as transações dentro da UE estarão sujeitas a um regime que lhes é exclusivo, e, bem assim, se traduz numa vantagem para investidores situados em países terceiros, não sujeitos à aplicação de *linking rules*. Consequentemente, tal é suscetível de criar um clima pouco atrativo para os investidores europeus investirem no mercado europeu, atendendo à discrepância no tratamento fiscal, que recai sobre uma operação dentro da União Europeia e uma operação envolvendo um país terceiro.

2.4. BREVES COMENTÁRIOS

I. De uma perspetiva geral, a Proposta de Diretiva compreende um projeto ambicioso que procura estabelecer um padrão mínimo de tributação em diferentes domínios da fiscalidade, promovendo, deste modo, a implementação coordenada de medidas com vista a neutralizar práticas elisivas e de planeamento fiscal agressivo. Com efeito, a adequada transposição para o plano europeu das recomendações do BEPS apenas se torna possível diante da consagração de um instrumento único, de carácter vinculativo, passível de orientar os Estados-membros para a aplicação coordenada de soluções uniformizadas, e não discrepantes, uma vez que a implementação unilateral das medidas do Projeto BEPS conduziria, inevitavelmente, a resultados divergentes e fragmentados. Consequentemente, o regular funcionamento do Mercado Interno ver-se-ia afetado, em virtude da multiplicação de iniciativas legislativas descoordenadas. Desta forma, a Proposta de Diretiva traduz-se numa iniciativa europeia que pretende conferir um carácter vinculativo a algumas das medidas avançadas pelo BEPS, estabelecendo um quadro de proteção mínimo composto por medidas que visam proteger as bases tributárias dos Estados-membros do fenómeno da erosão da base tributária e transferência de lucros.

No entanto, nem todas as normas propostas se encontravam previstas no Projeto BEPS. Neste sentido, a transposição das medidas do BEPS para um instrumento jurídico vinculativo culminou com uma proposta que vai além das recomendações adotadas pela OCDE, como é no caso da cláusula de *switch-over* e da norma de tributação à saída.

II. A coexistência de uma cláusula de *switch-over* e regras CFC não se afigura compreensível, na medida em que a cláusula de *switch-over* assume um carácter já de si complementar das CFC's¹²⁰. Por outro lado, muitos Estados-membros possuem já normas CFC no seu Ordenamento Jurídico, pelo que a transposição das regras CFC da Diretiva proposta afigurar-se-ia, à partida, um processo mais exequível.

III. Também a norma de tributação à saída revelou-se uma medida descontextualizada do BEPS e a inclusão de uma norma desta índole é considerada, por

¹²⁰ Ana Paula Dourado, "The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?", *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, p. 441.

alguns autores¹²¹, como contrária à natureza de um Mercado Interno, um espaço económico caracterizado pela livre circulação, onde o investimento transfronteiriço é incentivado e não deverá ser sujeito a restrições.

IV. Acresce que a terminologia utilizada na Diretiva revelou-se nada mais que uma introdução de novos conceitos, como é o caso da GAAR, da norma de dedutibilidade de juros e das regras CFC, suscetíveis de colidir com os conceitos constantes da lei interna de alguns Estados-membros. Outros nem observam uma adequada densificação, deixando o seu preenchimento à mercê da adequação por parte das administrações tributárias.

V. A BUSINESSEUROPE manifestou a sua opinião a respeito da Proposta de Diretiva através de uma carta dirigida à Comissão Europeia. Destacam-se as preocupações relativas à inexistência de uma análise do potencial impacto das medidas propostas, a circunstância de uma cláusula de *switch-over* ser contrária à ideia de que a tributação deve ser feita no local onde a atividade económica é prosseguida e os lucros gerados, e o desvio face às medidas consagradas no seio da OCDE, nomeadamente no que respeita às taxas de imposto efetivas, conferindo à União Europeia uma desvantagem competitiva na criação de um mercado global de investimentos atrativo¹²². Preocupações de cariz semelhante foram expressadas no âmbito da Plataforma para a Boa Governação Fiscal¹²³.

Por sua vez, o parecer emitido pelo Comité Económico e Social Europeu (CESE)¹²⁴, quanto à Proposta de Diretiva, revelou-se, de um modo geral, favorável, apoiando a iniciativa por parte da Comissão. As normas CFC foram objeto de plena concordância, e algumas recomendações foram também avançadas. Neste sentido, o CESE recomendou a inserção das sociedades financeiras no âmbito de aplicação das normas referentes à dedutibilidade de juros, bem como a intensificação das negociações

¹²¹ Kirsten Andersson, “The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and the European Union”, *Intertax*, Volume 44, Issue 10, 2016, p. 738.

¹²² Cfr. <https://www.buysesseurope.eu/publications/buysesseurope-position-anti-tax-avoidance-package>.

¹²³ Cfr. Summary Record of the 9th Meeting of the Platform for Tax Good Governance, Bruxelas, 16 Março de 2016, p. 8, disponível em <http://ec.europa.eu>.

¹²⁴ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, Bruxelas, 28 de abril de 2016, EESC-2016-01284-00-00-AC/TRA, disponível em <http://www.eesc.europa.eu>.

internacionais, no quadro de instituições como a OCDE e o G20, com vista a assegurar uma aplicação uniforme das regras propostas a nível da UE e da OCDE.

Em matéria de tributação à saída, o CESE apoiou a proposta e considera que os Estados-membros só devem aceitar a cobrança parcelada se a transferência não se destinar unicamente a reduzir a tributação da sociedade. Quanto à cláusula de *switch-over*, sugere-se que a mesma seja aplicada diretamente a todos os contribuintes que tenham gerado rendimentos em jurisdições consideradas como paraísos fiscais.

VI. Diante da consagração de um grau mínimo de proteção, a sua aplicação uniforme pode consistir num verdadeiro desafio, uma vez que a implementação de um maior grau de coerência e coordenação não deverá ocorrer através de princípios e cláusulas gerais que não proibem uma aplicação mais restrita pelos Estados-membros, mas sim através de normas de conteúdo mais especificado. Contudo, é certo que a presente Proposta de Diretiva se afigura a solução mais viável, até à eventual aprovação de uma CCCTB.

3. A DIRETIVA (UE) 2016/1164 DO CONSELHO DE 12 DE JULHO DE 2016, QUE ESTABELECE REGRAS CONTRA AS PRÁTICAS DE ELISÃO FISCAL QUE TENHAM INCIDÊNCIA DIRETA NO FUNCIONAMENTO DO MERCADO INTERNO (DIRETIVA ATAD I)

3.1. INTRODUÇÃO

I. A Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do Mercado Interno (Diretiva Antielisão Fiscal)¹²⁵, foi formalmente adotada pelos Estados-membros no Conselho da União Europeia, através do Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros (ECOFIN), a 12 de julho de 2016¹²⁶.

¹²⁵ Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do Mercado Interno <http://eur-lex.europa.eu>.

¹²⁶ Para informações adicionais aceder à página <http://www.consilium.europa.eu/pt/meetings/ecofin/2016/07/12/>.

O Parlamento Europeu emitiu o seu parecer a 8 de junho de 2016. O acordo político teve lugar a 20 de junho de 2016¹²⁷, e da respetiva reunião do ECOFIN destaca-se o incentivo à Comissão para apresentação de uma proposta relativa às assimetrias híbridas que envolvam países terceiros, por forma a estabelecer uma maior correspondência com as medidas recomendadas na Ação 2 do projeto BEPS da OCDE, até outubro de 2016, com vista a alcançar um acordo até ao final de 2016¹²⁸.

O processo de aprovação da Diretiva desenvolveu-se em ritmo acelerado, não apenas com vista a dar resposta à implementação das medidas constantes do projeto BEPS, mas também em razão da urgência sentida pelos Estados-membros em proceder a uma abordagem dos problemas emergentes da globalização e da digitalização da economia¹²⁹.

Trata-se de uma Diretiva cuja estrutura não encontra precedentes no contexto do direito secundário da UE, uma vez que assume um carácter geral ao ser composta por princípios que estabelecem um mínimo existencial a ser cumprido, em diferentes domínios da tributação direta, e orientada para várias categorias de rendimentos, contrariamente ao que até então sucedia no quadro da tributação direta na UE, pautado pela vigência de Diretivas orientadas para uma matéria em particular e individualmente considerada, nomeadamente dividendos, juros e royalties, poupança, fusões e cisões, que observam uma natureza e tratamento fiscal específicos.

A presente Diretiva serve, também, um propósito distinto: ao passo que as restantes Diretivas impõem um regime comum aplicável aos Estados-membros quanto a matérias muito específicas (dividendos, juros e *royalties*, fusões e cisões), a Diretiva Antielisão Fiscal estabelece um quadro multifacetado de medidas orientadas para o combate à elisão fiscal, evasão e planeamento fiscal agressivo, as quais vinculam os Estados-membros, o legislador interno e as administrações tributárias à garantia de um nível mínimo de proteção.

A aprovação da Diretiva determinou a transferência de competências para a UE de uma série de áreas relevantes no domínio da tributação direta, abrangendo medidas que impõem a correção da base tributária dos Estados-membros envolvidos, sempre que a aplicação de uma das normas seja despoletada, em virtude da operação ocorrida recair

¹²⁷ Cfr. <http://www.consilium.europa.eu/pt/meetings/ecofin/2016/06/17/>.

¹²⁸ Proposta de diretiva para combater a elisão fiscal – resultados da reunião do ECOFIN, 17 de junho de 2016, p. 33, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

¹²⁹ Rita de la Feria, “Harmonizing Anti-Tax Avoidance Rules”, *EC Tax Review*, vol. 26, 2017-3, p. 110.

sobre o seu âmbito de incidência. Naturalmente que as autoridades tributárias dos Estados-membros desempenham um papel fundamental na interpretação e aplicação das normas da Diretiva.

Tal acontecimento determinou a mudança de paradigma no cenário da tributação das sociedades ao nível da UE e é demonstrativo de que os esforços reunidos para combater práticas nocivas ao bom funcionamento da tributação direta adquiriram forma e substância, ao serem implementados e transpostos para um único instrumento, de carácter vinculativo, cujo procedimento de aprovação implica o consenso de 28 países¹³⁰.

II. A Diretiva aprovada assume uma configuração ligeiramente diferente face ao texto da Proposta, tendo por principal destaque a eliminação da cláusula de *switch-over* do corpo da Diretiva, decisão que resultou da reunião do conselho do ECOFIN, a qual teve lugar a 17 de junho de 2016.

O regime da cláusula de *switch-over* foi amplamente discutido no âmbito do ECOFIN, onde vários Estados-membros manifestaram a sua preocupação relativamente ao tratamento fiscal que recairia sobre empresas situadas no estrangeiro e em países com regimes de baixa tributação, em virtude da aplicação da referida cláusula. Com efeito, a imposição de um regime de concessão de um crédito por referência a uma taxa efetiva vem anular a aplicação de disposições internas que concedem a isenção, e, por conseguinte, foi considerada como uma medida que colocava em risco a soberania dos Estados-membros. Por sua vez, a taxa efetiva também foi alvo de discordância, em razão de consubstanciar um valor tão elevado.

III. Desta forma, após a eliminação da cláusula de *switch-over* do elenco que compõe a Diretiva, é estabelecido um regime de proteção mínima nos seguintes domínios: dedutibilidade dos juros (artigo 4.º), tributação à saída (artigo 5.º), regra geral antiabuso (artigo 6.º), regras relativas a CFC's (artigo 7.º e 8.º) e um quadro para enfrentar as assimetrias híbridas (artigo 9º).

¹³⁰ Em 23 de junho de 2016, os cidadãos britânicos votaram a favor da saída do Reino Unido da União Europeia. Em 29 de março de 2017, em conformidade com o artigo 50.º do Tratado de Lisboa, o Reino Unido notificou formalmente o Conselho Europeu da sua intenção de se retirar da UE. O Reino Unido continua a ser um membro de pleno direito da UE, com todos os direitos e obrigações daí decorrentes, cfr. informação disponível em <https://europa.eu>.

IV. A presente Diretiva compreende, no seu artigo 2.º, um elenco de definições bem mais extenso, comparativamente ao elenco constante da Proposta. Surgem nesta lista novas definições, não anteriormente previstas, tais como “empresa associada”, “período de tributação” e “assimetrias híbridas”, ao passo que outros conceitos foram objeto de uma ligeira modificação ou preenchimento, como o conceito de “gastos com empréstimos obtidos”, “gastos excessivos com empréstimos obtidos”. A introdução do conceito de “empresa associada” foi importante, na medida em que veio esclarecer qual o valor mínimo de detenção exigido para que o conceito se aplique e consubstancia um elemento essencial na classificação da entidade para efeitos de aplicação de normas como as CFC’s e as figuras híbridas.

V. O carácter *de minimis* mantém-se espelhado no artigo 3.º, pelo que o elenco de princípios consagrados na Diretiva, e espelhados nos respetivos artigos que a compõem, estabelecem um nível de proteção mínimo, e, bem assim, não impede um reforço da proteção da matéria coletável do imposto sobre as sociedades através de uma regulação mais restrita, por parte dos Estados-membros.

3.2. OUTRAS MEDIDAS

I. No que respeita à dedutibilidade de juros, a norma aprovada distingue-se da norma proposta. Neste sentido, surge uma norma consideravelmente mais vasta e desenvolvida, tendo sido substituídas as expressões “custos de empréstimos obtidos” por “gastos com empréstimos obtidos”, e “sobrecustos de empréstimos obtidos” por “gastos excessivos com empréstimos obtidos”, conceitos definidos no artigo 2.º, e cuja consagração se repercutiu num alargamento do âmbito objetivo da norma de dedutibilidade de juros aprovada, face à norma inicialmente proposta¹³¹. Os gastos

¹³¹ Com efeito, o aprimoramento da expressão proporcionou a inclusão, no escopo da norma, de um número mais elevado de situações, as quais apenas se tornaram possíveis através da reformulação de conceitos, senão vejamos: a norma inicialmente prevista qualificava “custos de empréstimos obtidos” como “despesas com juros e outros custos equivalentes suportados por um contribuinte em ligação com a obtenção de empréstimos de fundos, incluindo a diferença entre os fundos pedidos de empréstimo e o montante no prazo de vencimento, o elemento juro num contrato de locação em que o proprietário económico tenha direito a deduzir”. Por sua vez, a norma atual define “gastos com empréstimos obtidos” como “gastos de juros relativos a todas as formas de dívida, outros gastos economicamente equivalentes a juros e despesas suportadas em ligação com a obtenção de financiamento na aceção do direito nacional, nomeadamente, mas não exclusivamente, pagamentos no âmbito de empréstimos participativos, juros imputados sobre instrumentos, tais como obrigações convertíveis e obrigações de cupão zero, montantes ao abrigo de mecanismos de financiamento alternativos, tais como o sistema financeiro islâmico, o elemento de gasto financeiro dos pagamentos da locação financeira, os juros capitalizados incluídos no valor do balanço de

excessivos com empréstimos obtidos mantêm-se assim dedutíveis até 30% dos resultados do contribuinte antes de juros, imposto, amortização e depreciação (EBITDA) aplicável, sendo o âmbito subjetivo ampliado, ao serem incluídas: a) entidades autorizadas ou obrigadas a aplicar regras em nome de um grupo e b) entidades pertencentes a um grupo, que não efetuem consolidação dos resultados dos seus membros para efeitos fiscais, sempre que a legislação nacional assim o preveja para ambos os casos. Note-se que a dedução é aposta a rendimento bruto, pelo que se mantém a questão da compatibilidade do presente regime com o princípio da tributação do rendimento líquido, princípio constitucionalmente previsto no direito inteiro de vários Estados-membros¹³².

É conferida a possibilidade de os gastos excessivos serem deduzidos até um montante de € 3.000.000,00, mas apenas para as entidades acima referidas, montante a considerar para todo o grupo¹³³. O direito à dedução plena dos gastos excessivos é permitido a entidades autónomas, conceito novo que observa densificação no presente artigo¹³⁴, bem como a entidades membros de um grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira¹³⁵, este último apenas diante de determinadas condições.

As entidades membros de um grupo consolidado passam a seguir um regime distinto, que lhes concede uma isenção ou uma dedução dos gastos excessivos com empréstimos obtidos num montante acima daquele que teria direito a deduzir, conforme o preenchimento de determinadas condições.

O cálculo do EBIDTA é apresentado por via de uma fórmula semelhante, pese embora tenha sido excluído do mesmo o imposto pago pelo contribuinte. São também

um ativo relacionado, ou a amortização de juros capitalizados, montantes calculados por referência ao retorno de um financiamento no âmbito das regras em matéria de preços de transferência, se aplicável, montantes de juros nocionais no âmbito de instrumentos derivados ou de mecanismos de cobertura do risco relacionados com empréstimos contraídos por uma entidade, determinados ganhos e perdas cambiais relativos a empréstimos contraídos e instrumentos ligados à obtenção de financiamento, comissões de garantia para mecanismos de financiamento, taxas de negociação e gastos similares relativos à obtenção de empréstimos de fundos”, conceito que naturalmente se revela mais abrangente e exemplificativo. No que respeita à expressão de “gastos excessivos com empréstimos obtidos”, a qual surgiu em substituição de “sobrecustos de empréstimos obtidos”, não se verifica, em termos conceptuais, uma grande mudança, salvo a pequena referência ao direito nacional, como forma de determinação de outros rendimentos economicamente equivalentes a juros, para efeitos de aplicação da norma.

¹³² Neste sentido, Ana Paula Dourado, "The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle", *EC Tax Review*, 2017-3, p. 121.

¹³³ Foi eliminada a possibilidade de dedução num valor máximo de € 1.000.000,00 consoante o valor mais elevado, como assim constava do texto da Proposta.

¹³⁴ Entidades em que o contribuinte não faz parte de um grupo consolidado, para efeitos de contabilidade financeira, e não tem qualquer empresa associada nem estabelecimento estável.

¹³⁵ Grupo constituído por todas as entidades que estão integralmente incluídas nas demonstrações financeiras consolidadas elaboradas de acordo com as Normas Internacionais de Relato Financeiro ou o sistema de relato financeiro nacional de um Estado-membro. O contribuinte pode dispor do direito de utilizar demonstrações financeiras consolidadas preparadas ao abrigo de outras normas de contabilidade.

previstas isenções para gastos excessivos com empréstimos concluídos antes de 17 de junho de 2016, bem como empréstimos utilizados para financiar projetos de infraestruturas públicas.

O reporte de exercícios fica dependente da legislação nacional, bem como a possibilidade de inclusão das entidades financeiras no âmbito subjetivo da norma. Estas últimas encontravam-se excluídas da Proposta. A Diretiva aprovada permite que a aplicabilidade da norma às entidades financeiras seja determinada à luz do direito interno dos Estados-membros.

Pese embora a regra de limitação de juros se afigure mais completa e descritiva, comparativamente à redação constante da Proposta, é notória a intenção dos Estados-membros de, em determinadas situações, fazer depender a aplicação da norma de dedutibilidade de juros das disposições de direito interno, seja no que diz respeito, por exemplo, à sujeição das entidades financeiras à norma, ao reporte de exercícios ou às entidades que deverão estar sujeitas à norma em apreço, em virtude de legislação interna que lhes é aplicável.

Tal dependência face ao direito interno dos Estados-membros conduz a uma aplicação inconsistente do regime, sendo esta uma das críticas a ser apontada. Mais acresce que as regras limitativas da dedutibilidade de juros visam combater situações abusivas onde despesas relacionadas com juros são indevidamente reclamadas, bem como salvaguardar a existência de um *level playing field* na UE entre pequenas e médias empresas, por um lado, e multinacionais, por outro. Sucede que a introdução de um limite à dedutibilidade interfere com a prossecução dos objetivos *supra*, na medida em que as entidades que competem no mesmo mercado não serão sujeitas à mesma regra adversa¹³⁶.

II. Quanto à norma de tributação à saída, a mesma observa algumas alterações relativamente à norma inicialmente proposta, contudo, a modificação aqui evidenciada não provocou uma profunda alteração no que respeita à substância da norma, pelo que a mesma traduz e codifica a doutrina do TJ preconizada nos acórdãos *National Grid Indus* e *DMC*¹³⁷.

¹³⁶ Neste sentido, Pieter Van Os, “Interest Limitations Under the Adopted Anti-tax Avoidance”, *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 191.

¹³⁷ Pese embora seja aqui implementado um regime de cumprimento obrigatório, contrariamente ao disposto nos referidos acórdãos onde, em suma, o Tribunal estabeleceu o enquadramento legal das situações em que os Estados-membros poderiam, se assim o entendessem, aplicar normas de tributação à saída, cfr. Steven Peeters, “Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool”, *EC Tax Review*, 2017-3, p. 123.

A tributação à saída encontra-se, deste modo, prevista, sempre que o contribuinte transfira ativos de um Estado-membro, estando esses ativos sujeitos a tributação pelo montante igual ao seu valor de mercado. A dedução para efeitos fiscais encontra-se submetida às condições já anteriormente estabelecidas na Proposta, tendo apenas sido acrescentada, às respetivas previsões, a exigência de essa dedução se realizar num contexto em que o Estado-membro de onde os ativos são transferidos não mais observar o direito de os tributar, por efeitos da transferência. A dedução dos ativos com a transferência do estabelecimento estável é também possível quando a mesma ocorra para um país terceiro, nos termos da nova alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva, e a transferência compreenda a atividade exercida pelo estabelecimento estável, esclarecimento que foi aditado ao texto da Diretiva aprovada¹³⁸. Foi eliminada a medida anteriormente prevista no segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 5.º, a qual dispunha no sentido de uma transferência subsequente para um país terceiro ser qualificada pelo Estado-membro de origem como uma alienação, e a sua respetiva tributação pelo seu valor de mercado.

O pagamento a prestações do imposto devido permanece possível ao longo de um período de cinco anos, em condições idênticas às dispostas no artigo 5.º da Proposta. Contudo, prevê-se aqui o alargamento do seu âmbito subjetivo, inserido como segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 5.º, que passa a ser aplicável a países terceiros que são partes no Acordo EEE se tiverem celebrado um acordo com o Estado-membro do contribuinte ou com a União Europeia sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/UE do Conselho.

O diferimento do pagamento pode, por sua vez, dar lugar à cobrança de juros, determinação a ser feita de forma casuística, numa lógica idêntica à prevista na Proposta. No entanto, foi retirada a disposição constante da Proposta que impunha a condição de que o diferimento do pagamento do imposto seria sujeito a juros, sempre que tal se afigurasse necessário para preservar o valor da carga fiscal determinada¹³⁹.

¹³⁸ Note-se que a Proposta apenas fazia referência à “transferência do estabelecimento estável”. O conceito foi assim objeto de uma reformulação objetiva, a qual se afigura mais esclarecedora face ao conceito anterior e, bem assim, é suscetível de proceder a uma melhor delimitação das circunstâncias nas quais se torna possível a dedução do valor da transferência dos ativos. Por outro lado, permite também afastar as situações de abuso potencialmente provocadas pela vaguidade da expressão anteriormente utilizada.

¹³⁹ Cfr. n.º 3 do artigo 5.º da Proposta, Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno, de 28 de janeiro de 2016, COM (2016) 26 final, p. 20.

Desta forma, a eliminação da condição *supra* transfere para os Estados-membros a competência para a cobrança de juros no que respeita ao pagamento diferido do valor da tributação à saída, sempre que a mesma se encontre prevista nas suas respetivas legislações internas, sem que para tal se afigure essencial a análise do carácter necessário, ou não, da cobrança de juros, em função do critério da preservação do valor da carga fiscal determinada. Tal mudança traduz uma solução mais concisa, dado que tal critério não revelava qualquer tipo de esclarecimento quanto à forma como deveria ser aplicado.

As situações de interrupção do diferimento do pagamento são igualmente previstas, e prendem-se, na sua maioria, com questões relacionadas com a transferência do elemento gerador de rendimento. Neste domínio o artigo foi objeto de apenas algumas alterações, as quais se prendem, em primeiro lugar, com a inclusão da transferência da atividade, como causa de interrupção do pagamento diferido do imposto, esclarecendo também que não só a venda, mas também outros tipos de alienação podem configurar causas de interrupção. Foi também aditada uma nova alínea ao n.º 4 do artigo 5.º, a qual passa a constar como alínea e), e que prevê a interrupção do pagamento diferido do imposto diante do incumprimento, por parte do contribuinte, das obrigações relacionadas com o pagamento a prestações do imposto, mantendo a situação por um período superior a doze meses. As transferências (de ativos ou de residência fiscal) para países terceiros interrompem o pagamento diferido, sempre que efetuadas para países terceiros que não sejam partes no Acordo EEE, caso tenham celebrado um acordo com o Estado-membro do contribuinte ou com a União Europeia sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/EU, nos termos do último parágrafo acrescentado ao n.º 4 do artigo 5.º.

Por fim, mantém-se a prevalência do valor estabelecido pelo Estado-membro do contribuinte relativamente à transferência de ativos, da residência fiscal ou de atividades exercidas por um estabelecimento estável, como valor de referência para efeitos fiscais, estando o outro Estado-membro obrigado a considerar esse valor. No entanto, enquanto no texto da Proposta, este mesmo valor tornar-se-ia suscetível de ser aceite de forma absoluta pelo outro Estado-membro, a norma aprovada ressalva o direito do Estado-membro para onde os ativos, residência fiscal ou atividades foram transferidos, de não considerar esse valor, caso o mesmo se afigure discrepante face ao valor de mercado. Por sua vez, a definição de valor de mercado assume uma configuração praticamente idêntica à anteriormente apresentada na Proposta.

Quanto às transferências de ativos de caráter temporário, ao passo que estas se encontravam excluídas, a todo o momento, do escopo da norma proposta, a norma aprovada prevê a sua inaplicabilidade a transferências de ativos relacionadas com o financiamento através de valores mobiliários, ativos constituídos como garantia, ou a transferência de ativos efetuada a fim de satisfazer requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios ou para efeitos de gestão de liquidez, sempre que os ativos revertam para o Estado-membro do autor das transferências, num período não inferior a doze meses, nos termos do n.º 7 do artigo 5.º da Diretiva.

III. A eliminação da cláusula de *switch-over* culminou com a alteração do número dos artigos subsequentes da Diretiva. Desta forma, a GAAR passou a figurar no artigo 6.º, artigo anteriormente correspondente à cláusula de *switch-over*, e assim sucessivamente.

Quanto à regra geral antiabuso, a mesma foi objeto de algumas reformulações. Em essência, a sua lógica antiabusiva mantém-se, isto é, a premissa de que montagens ingressadas pelo contribuinte, desprovidas de realidade económica, não deverão ser consideradas para efeitos fiscais. No entanto, a expressão “montagem fictícia”, anteriormente utilizada na Proposta, foi substituída pela expressão “montagem não genuína”. Parece, contudo, que tal consistiu numa mera mudança de vocabulário, uma vez que o desenvolvimento do conceito de “montagem não genuína” ocorre exatamente nos mesmos moldes, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo, em contraposição ao n.º 2 do artigo 7.º da Proposta.

Desta forma, a definição dá-se por inalterada, pese embora se mantenha vaga e pouco esclarecedora. Interessante foi a substituição da expressão “objeto essencial”, como critério do elemento subjetivo fundamental para despoletar a aplicação da norma, por “principal objetivo ou um dos principais objetivos”.

Com efeito, trata-se de uma modificação que traduz uma maior compatibilidade com a doutrina do abuso de direito preceituada pelo TJ e também correspondente ao teor das normas especiais antiabuso constantes da Diretiva Fusões e Cisões e da Diretiva Juros e Royalties.

Por sua vez, foi eliminado o critério da substância económica, anteriormente previsto na Proposta, como critério à luz do qual os Estados-membros deveriam proceder à requalificação da montagem, nos termos das suas respetivas legislações. Com o abandono de um critério que seria, à primeira vista, de Direito Europeu, observa-se assim

uma transferência de competências no que respeita ao processo de requalificação da montagem, o qual será doravante efetuado única e exclusivamente nos termos da legislação interna de cada Estado-membro. Se, por um lado, a inexistência de uma densificação adequada dos critérios da substância económica tornar-se-ia suscetível de desencadear interpretações discrepantes e, bem assim, culminar com diferentes parâmetros de requalificação da operação tida como abusiva, por outro lado, a inexistência de qualquer critério confere um exercício plenamente discricionário a cada Estado-membro, pelo que a aplicação de uma doutrina de abuso uniformizada observa ainda um longo caminho a percorrer.

IV. As regras relativas a sociedades controladas foram também modificadas, modificações que influíram particularmente no modo de aplicação da norma.

Em primeiro lugar, o âmbito subjetivo da norma foi objeto de clarificação: com efeito, a redação da Proposta não permitia compreender, em concreto, quais as entidades cujos rendimentos não distribuídos eram sujeitos a tributação, em virtude da vaga referência a “rendimentos não distribuídos por empresas”. Porém, no contexto da norma atual, optou-se por uma formulação diferente, a qual sujeita a tributação os rendimentos não distribuídos de entidades e EE’s, uma formulação que veio, pelo menos, esclarecer que os EE’s também integram o escopo das CFC’s.

Para efeitos de qualificação como uma sociedade controlada, ao invés do outrora disposto na Proposta, onde constavam quatro requisitos de preenchimento cumulativo, a saber: o valor do investimento na entidade (50%); a taxa de imposto no estrangeiro, com referencial de diferença máxima de 40% da taxa de imposto que seria aplicada no Estado-membro da sociedade-mãe; a obtenção, em mais de 50%, de rendimentos de determinadas categorias (tais como juros, *royalties*, dividendos, locação financeira, entre outros) e a circunstância da entidade não se encontrar cotada em bolsa, apenas dois requisitos passam doravante a relevar na qualificação da entidade controlada: o valor do investimento, o qual se mantém em 50%, e a taxa de imposto pago no estrangeiro, pese embora não mais se tenha em consideração o diferencial mínimo de 40%, como valor de referência entre o imposto que seria pago no Estado-membro da sociedade-mãe, e o imposto efetivamente pago no estrangeiro.

Com efeito, esse critério foi substituído por uma outra fórmula, a qual tem em conta o resultado da diferença entre o imposto ao qual a entidade estaria sujeita, caso estivesse sediada no Estado-membro da sociedade-mãe (e calculado nos termos da

legislação desse Estado-membro), e o valor do imposto pago pela entidade no estrangeiro, diferença esta que servirá de elemento comparativo ao imposto que foi efetivamente pago. Caso o resultado da diferença seja superior ao valor de imposto pago no estrangeiro, a entidade será qualificada como uma sociedade controlada. Trata-se de uma solução mais restrita que o critério dos 40% face à taxa de imposto, pelo que ao abrigo da presente norma o número de entidades suscetíveis de serem qualificadas como sociedades controladas observa um elenco bem mais abrangente face à solução da Proposta. Na eventualidade da entidade consubstanciar um EE isento ou não sujeito a imposto, este último critério não é tido em conta.

Uma vez qualificada como sociedade controlada, releva neste momento a categoria de rendimentos auferidos pela sociedade. Também aqui ocorreram alterações, uma vez que foi eliminada a exigência de tais categorias de rendimentos não distribuídos constituírem mais de 50% do valor total de rendimentos auferidos, e passa a constar como referência o valor de um terço ou menos do rendimento auferido, pelo que qualquer montante que se afigure superior será suficiente para despoletar a aplicação da norma, e, conseqüentemente, fazer incluir na base tributária da sociedade-mãe tais rendimentos não distribuídos. Contudo, trata-se de uma faculdade, o que significa que nada impede o Estado-membro de optar por sujeitar a entidade à presente norma, ainda que aufera tais categorias de rendimentos num valor correspondente a um terço ou menos do seu rendimento total.

Das categorias previstas foram eliminados os rendimentos de bens imóveis, e acrescentados, como ponto vi) da alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º, os rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a empresas associadas, e que acrescentam pouco ou nenhum valor económico.

As empresas financeiras, que se encontravam excluídas da aplicação da presente norma, sempre que obtivessem menos de 50% dos seus rendimentos de operações com o contribuinte ou com as suas empresas associadas, ou caso se encontrassem sediadas num outro Estado-membro ou num país terceiro que seja parte no Acordo EEE, não mais beneficiam absolutamente de tal exclusão. Com efeito, compete aos Estados-membros decidir se as mesmas deverão ser sujeitas à aplicação da norma, podendo ser excluídas na eventualidade das categorias de rendimentos consubstanciarem um terço ou menos do valor total do rendimento auferido, mais uma vez, uma faculdade que assiste aos Estados-membros.

No entanto, uma nova categoria de sociedade se encontra excluída da norma, e corresponde a uma sociedade estrangeira controlada que exerça uma atividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes¹⁴⁰. Esta exclusão também não é absoluta, podendo os Estados-membros decidir pela aplicação da norma, caso a sociedade estrangeira controlada seja residente ou esteja situada num país terceiro que não seja parte no Acordo EEE¹⁴¹, faculdade que reflete um tratamento claramente discriminatório.

Não só as entidades que obtêm determinadas categorias podem estar sujeitas à aplicação da norma, mas também as sociedades que, após serem qualificadas como controladas à luz dos critérios do n.º 1 do artigo 7.º da Diretiva, auferirem rendimentos resultantes de montagens não genuínas, incorridas com a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal.

A norma especial antiabuso ali vertida, à semelhança da expressão adotada na regra antiabuso do artigo 6.º, contém a expressão “não genuína”, expressão a que se recorre com a finalidade de definir os contornos da prática abusiva que, uma vez detetada, irá submeter a entidade à aplicação da norma CFC. O carácter fictício da montagem ou séries de montagens deixou de constar como o critério, tanto ao nível da GAAR como ao nível da presente norma.

Embora a substituição da expressão “fictício” por “genuíno” tenha ocorrido em ambas as normas, pouca foi a influência que se sentiu quanto à sua densificação no contexto da GAAR. Contudo, o mesmo não se pode dizer quanto à definição de montagem não genuína no domínio da norma CFC. Comparativamente ao texto inicialmente proposto, a definição de uma montagem não genuína foi alvo de alguns desenvolvimentos, e, para todos os efeitos, a ausência de carácter genuíno da montagem é evidenciada “*na medida em que nem a entidade nem o estabelecimento estável seriam*

¹⁴⁰ Em conformidade com a doutrina preconizada no Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, § 41 – 46, sendo, porém, utilizado um outro vocábulo. Com efeito, ao passo que o referido acórdão faz referência a “atividade económica genuína”, a Diretiva ATAD I prevê que tal atividade económica seja “substantiva”. Não se compreende se a alteração de vocábulo é deliberada, uma vez que algo pode ser “genuíno” sem ser necessariamente “substantiva”, pelo que, por motivos de segurança jurídica, a norma deverá ser integrada tendo por referência a doutrina do TJ em *Cadbury Schweppes*, neste sentido, Jens Schönfeld Bonn, “CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive”, *EC Tax Review*, 2017-3, p. 150.

¹⁴¹ Tal faculdade consubstancia uma presunção inilidível, e, atendendo ao carácter *de minimis* das disposições da Diretiva, não deixa de se afigurar curiosa a forma como a transposição do regime da Diretiva para o direito interno dos Estados-membros e o seu respetivo escrutínio pelo TJ irá ser efetuado, cfr. Ana Paula Dourado, “Free Movement of Capital: the European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit”, *Intertax*, vol. 44, n.º 12, 2016, p. 875.

detentores dos ativos que geram a totalidade ou parte dos seus rendimentos, nem teriam assumido os riscos a eles associados se não fossem controlados por uma sociedade na qual são exercidas as funções dos dirigentes, que são relevantes para esses ativos e riscos, e que são essenciais para gerar os rendimentos da sociedade controlada". Esta versão afigura-se mais completa face à anterior.

Em essência, a lógica mantém-se: a dependência total face à sociedade-mãe no que respeita à obtenção do rendimento consubstancia critério essencial para a qualificação da entidade como entidade controlada, a qual é conseqüentemente submetida ao presente regime. Contudo, considera-se pertinente a substituição da expressão "funções das pessoas importantes" anteriormente utilizada em sede de Proposta, por "funções dos dirigentes", uma vez que esta última se afigura mais adequada e também mais eficiente na delimitação da qualidade das funções aqui relevantes.

Por fim, os Estados-membros poderão também optar por não sujeitar ao presente regime as entidades ou EE com lucros contabilísticos não superiores a 750 000 EUR e rendimentos não comerciais não superiores a 75 000 EUR, ou cujos lucros contabilísticos não sejam superiores a 10 % dos seus gastos operacionais no período de tributação, uma formulação não prevista anteriormente na Proposta.

Quanto à forma de cálculo do valor dos rendimentos a inserir na base tributária do Estado-membro do contribuinte, esta assumiu uma nova dicotomia: mantém-se a tributação em conformidade com a legislação nacional, sendo que as perdas não poderão ser deduzidas da base tributária, pese embora seja admitido o reporte para exercícios subsequentes. No entanto, esta situação passa apenas a estar prevista para os casos em que a entidade ou EE seja tida por uma sociedade controlada em virtude da qualificação dos rendimentos que aufere.

O valor desses rendimentos será assim calculado proporcionalmente ao valor da participação do contribuinte na entidade. Porém, na eventualidade da entidade, ou EE, auferir rendimentos provenientes de montagens tidas por não genuínas, a forma de cálculo será efetuada com base no princípio da plena concorrência, e os rendimentos a incluir na base tributária serão calculados em função do montante gerado através dos ativos e riscos ligados às funções dos dirigentes da sociedade controladora. Os rendimentos serão inseridos no período de tributação do contribuinte em que termina o ano fiscal da entidade, não havendo quanto ao âmbito de aplicação temporal do presente imposto, nenhuma alteração. Ambos os mecanismos para combater a dupla tributação, em caso de

distribuição ou alienação da participação ou atividade, também se encontram igualmente previstos, sendo a dedução calculada nos termos da lei nacional.

3.3. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

I. Por fim, resta a norma respeitante às assimetrias híbridas, prevista no artigo 9.º da Diretiva. De todas as normas constantes da Diretiva, as normas relativas a assimetrias híbridas foram, sem dúvida, as que sofreram mais modificações.

A presente norma institui dois princípios fundamentais: o primeiro, de que as duplas deduções provocadas por assimetrias híbridas são neutralizadas através da concessão da dedução do respetivo pagamento apenas no Estado-membro onde é emitido, o que significa que o Estado-membro onde o destinatário do pagamento se situa irá, correspondentemente, negar a dedução. Quanto ao segundo princípio, este determina que sempre que uma assimetria híbrida resulte numa dedução com correspondente não inclusão, o Estado-membro onde o pagamento é emitido deverá negar a dedução do pagamento.

II. A norma aprovada afigura-se mais compatível com as soluções apresentadas pela OCDE, eliminando o mecanismo anteriormente previsto na Proposta que correspondia às soluções secundárias constantes do Relatório Final da Ação 2, no que respeitava às situações de D/NI (inclusão do pagamento no rendimento tributável do contribuinte, ao nível do Estado-membro que recebe o pagamento). Desta forma, foi adotada em conformidade com as recomendações da OCDE, a negação da dedução ao nível do Estado-membro de onde provém o pagamento.

No entanto, a solução adotada para os resultados D/D não só diverge da norma constante da Proposta, como também configura a norma secundária prevista no Relatório sobre a Ação 2.

Por outro lado, a redação adotada apresenta-se mais esclarecedora face à anterior, ao reunir numa única expressão “assimetrias híbridas”, a qual consta do ponto 9 do artigo 2.º, como a diferença que resulta da qualificação de uma entidade ou de um instrumento financeiro, sendo que tais diferenças são suscetíveis de culminar com resultados D/NI ou D/D, não se encontrando previsto o resultado D/NI indireto, igualmente alcançado através de assimetrias híbridas importadas.

Não obstante existam orientações dadas no âmbito do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), relativamente ao tratamento fiscal de entidades híbridas e de estabelecimentos estáveis híbridos na União¹⁴² e o tratamento fiscal das entidades híbridas nas relações com países terceiros, é reconhecida a necessidade de adotar regras vinculativas, bem como de prosseguir com os trabalhos sobre as assimetrias híbridas entre Estados-membros e países terceiros¹⁴³, e outras assimetrias híbridas, como as relacionadas com estabelecimentos estáveis¹⁴⁴, pelo que os princípios constantes do artigo 9.º já consubstanciavam, *a priori*, uma disposição legal de carácter provisório.

III. As assimetrias híbridas em matéria de estabelecimentos estáveis, transferências, as designadas por assimetrias importadas, inversas e também em matéria de dupla residência, figuras previstas no Relatório Final sobre a Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE, permanecem, desta forma, fora do âmbito de aplicação da norma.

IV. A norma passa doravante a ser despoletada apenas mediante a verificação de um resultado, na medida em que este consubstancia uma D/D, ou uma D/NI, gerado por diferenças na qualificação jurídica de uma entidade ou um instrumento (note-se que os estabelecimentos estáveis deixaram de ser abrangidos pela norma).

O seu mecanismo subjacente é também alvo de alterações: enquanto anteriormente se encontrava previsto o alinhamento do tratamento jurídico dado à entidade ou instrumento, através da adoção, por parte do Estado-membro onde se situa o destinatário do pagamento, da qualificação dada pelo Estado-membro de onde o pagamento é originado (e, bem assim, determinava sempre a tributação por parte do Estado-membro onde se situa o destinatário do pagamento), a norma atual abandona o referido mecanismo e determina uma mera alocação de competências. Consequentemente, uma vez diante do resultado previsto, é determinada a competência do Estado-membro onde o pagamento é realizado para, nos casos de D/D, negar a dedução, e para nos casos de D/NI, negar a dedução. A presente solução diverge consideravelmente do que foi outrora proposto, na medida em que incumbia sempre ao

¹⁴² Report of Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council, 16553/1/14, FISC 225, Brussels 11th November 2014, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

¹⁴³ Report of Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council, 14302/15, FISC 225, Brussels 23th November 2015, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

¹⁴⁴ Report of Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council, 9912/16, FISC 225, Brussels 13th June 2016, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

Estado-membro do destinatário do pagamento neutralizar o *mismatch*, tributando o pagamento não incluído no rendimento do destinatário, ou negando a dedução.

Contrariamente ao texto proposto, onde apenas as entidades híbridas eram suscetíveis de culminar com resultados de D/D e D/NI, ao passo que, no que respeita aos instrumentos híbridos, a neutralização apenas se encontrava prevista para os resultados D/NI, a norma atual prevê ambos os resultados para ambas as figuras, isto é, tanto as entidades híbridas como os instrumentos financeiros são, à luz da presente norma, passíveis de culminar com resultados D/D e D/NI e, bem assim, sujeitos à sua aplicação sempre que verificado o resultado previsto, disposição contrária ao entendimento preconizado no Relatório Final sobre a Ação 2 do Projeto BEPS da OCDE, onde os instrumentos financeiros híbridos apenas são suscetíveis de produzir resultados D/NI¹⁴⁵.

V. As situações envolvendo entidades híbridas observam um regime especial, não outrora previsto, e consagrado no segundo parágrafo do n.º 4 do artigo 2.º da Diretiva. Nos termos do referido artigo, a qualificação como empresa associada, para efeitos de aplicação do artigo 9.º, observa um requisito de 50% de participação direta ou indireta, direitos de voto, capital social ou de direito a receber dos lucros, investimentos estes que podem estar relacionados com uma entidade ou um contribuinte. Trata-se de um limite mínimo de investimento consideravelmente elevado, o qual naturalmente exclui do âmbito de aplicação da norma todos os investimentos cujo valor se apresente abaixo do limite de 50% de investimento.

No entanto, não existe garantia quanto à possibilidade desses investimentos de valor inferior não se encontrarem associados a esquemas com recurso a entidades híbridas, e a eventualidade dos mesmos se encontrarem excluídos do âmbito subjetivo da norma, em virtude do requisito exigido e plasmado no segundo parágrafo do n.º 4 do artigo 2.º da Diretiva, reflete claramente uma oportunidade de desvio ao regime. Acresce que a ausência de esclarecimento face ao que consiste um “entendimento estruturado” não deixa de suscitar dúvidas quanto ao alcance do âmbito subjetivo das normas do artigo 9.º.

¹⁴⁵ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 23-47.

VI. Verifica-se, assim a adoção de uma cláusula geral, mais geral e abstrata que a anterior¹⁴⁶, a qual claramente reflete um princípio de tributação única, na linha do que já anteriormente tinha sido proposto. No entanto, e à semelhança da redação anterior, a redação adotada consubstancia uma redação incompleta, por se afigurar insuscetível de abarcar todas as figuras híbridas estudadas. Neste sentido, não obstante a norma aprovada refletir uma lógica bem mais esclarecedora face à anterior, a sua estrutura mantém-se apenas orientada para instrumentos financeiros e entidades híbridas (os estabelecimentos estáveis já não se encontram previstos) que produzem um determinado resultado, não abrangendo outras figuras, sendo que nem a definição de instrumentos financeiros híbridos e entidades se encontra contemplada, existindo apenas a ideia de que resultam de um conflito de qualificação.

Por outro lado, a ausência de definições legais que permitam, de forma inequívoca, determinar o seu âmbito subjetivo, tornam a presente cláusula numa cláusula “aberta”, onde potencialmente qualquer situação poderá ser abrangida, sempre que verificado o resultado previsto pela cláusula anti-híbridos.

Porém, a presente cláusula geral, por refletir uma estrutura pouco elaborada e de amplo alcance, mostra-se desprovida de conceitos suscetíveis de permitirem a sua adequada aplicação.

Uma análise comparativa entre a norma anti-híbridos da Diretiva e as Recomendações da OCDE permite concluir que se encontra em falta um elenco de definições de carácter essencial para a devida subsunção dos factos à norma¹⁴⁷. Desta forma, a norma vigora sem adequadamente identificar e, bem assim, delimitar: o âmbito subjetivo, as situações em que ocorre uma assimetria híbrida, a natureza do conflito de qualificação, as exceções à norma e as circunstâncias em que ocorre uma dupla dedução e uma dedução com não inclusão no rendimento. Por conseguinte, a segurança jurídica do contribuinte não poderá de forma alguma ser assegurada através de uma cláusula aberta, a qual se revela insuficiente na definição dos seus contornos e do seu alcance.

¹⁴⁶ A qual se afigura contrária ao disposto no Relatório Final da OCDE sobre a Ação 2, onde se referiu que normas anti-híbridos demasiado gerais e abstratas afiguram-se difíceis de aplicar e administrar, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2: 2015 Final Report, OECD Publishing, 2015, pp. 18 e 19.

¹⁴⁷ Com efeito, a OCDE apresenta um vasto elenco de definições com vista a permitir que a aplicação da norma seja efetivada de forma mais clara e transparente possível, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2: 2015 Final Report, OECD Publishing, 2015, pp. 105 a 131, disponível em www.oecd.org.

VI. Também a inaplicabilidade da norma a países terceiros não permite explorar o máximo potencial dos princípios ora instituídos, uma vez que muitos esquemas com recurso a figuras híbridas certamente envolverão países terceiros, e os respetivos pagamentos que serão emitidos e recebidos por estas jurisdições não serão afetados pela presente norma. Esta situação foi, no entanto, prevista como temporária, uma vez que, aquando do compromisso final para a Diretiva Antielisão Fiscal, o Conselho ECOFIN convidou a Comissão a apresentar, até outubro de 2016, uma proposta apenas orientada para a questão das assimetrias híbridas que envolvam países terceiros, por forma a alcançar um maior grau de compatibilidade com as medidas constantes do Projeto BEPS.

3.4. BREVES COMENTÁRIOS

I. A presente Diretiva foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia a 19 de julho de 2016¹⁴⁸, sendo que os Estados-membros deverão transpô-la para a legislação e regulamentação nacionais até 31 de dezembro de 2018, exceto no que respeita às regras de tributação à saída, que deverão ser transpostas até 31 de dezembro de 2019.

O acordo unanimemente alcançado pelos Estados-membros representa a transferência de um amplo conjunto de competências, em vários domínios da tributação de sociedades, para a União Europeia, domínios estes que doravante integram o quadro legislativo europeu e cujo cumprimento se afigura obrigatório, encontrando-se sujeito a fiscalização por parte da Comissão. Por conseguinte, a competência do Tribunal torna-se também extensível ao presente quadro legislativo, incumbindo ao Tribunal assegurar o cumprimento das medidas constantes da Diretiva por parte dos Estados-membros, e a compatibilidade de medidas em sentido mais restrito, aplicadas pelos Estados-membros, com as Liberdades Fundamentais.

II. A Diretiva pretende assim estabelecer um quadro comum de tributação, estruturado com vista a garantir um *level playing field* entre empresas que operam em apenas um Estado-membro, e empresas que operam em vários Estados-membros ou países terceiros. Com efeito, é do entendimento da Comissão de que estas últimas acarretam um risco mais elevado de procurarem reduzir a sua fatura fiscal através da exploração de diferenças entre sistemas fiscais, e que a neutralização deste tipo de práticas

¹⁴⁸ Jornal Oficial da União Europeia, L 193, de 19 de julho de 2016, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

apenas poderá ser alcançada através de uma abordagem coordenada, facto que serve de fundamento para o acionamento do artigo 115.º do TFUE. No entanto, como bem observam ARNAUD DE GRAAF e KLAAS-JAN VISSER¹⁴⁹, o princípio da proibição de discriminação vincula os Estados-membros à exigência de igualdade de tratamento entre residentes e não residentes (no que respeita à liberdade de capital, também os países terceiros beneficiam desta proibição), sendo que, no entanto, tal exigência não se observa na situação contrária, ou seja, os residentes de países terceiros não se encontram subordinados a semelhante princípio, e, deste prisma, a igualdade de tratamento simplesmente não se verifica.

III. Ora, numa tentativa de proporcionar condições de igualdade, a Diretiva impõe um quadro legislativo a ser cumprido pelos Estados-membros, e, bem assim, a ser cumprido também aquando da interação com países terceiros. Trata-se, porém, de um conjunto de normas que, na sua essência, compõem um regime discriminatório, na medida em que estabelecem um regime mais restrito a ser cumprido pelos Estados-membros, e apenas pelos Estados-membros, sendo inaplicável a países terceiros.

Esta circunstância pode levar a que um Estado-membro coloque, numa posição assimétrica, residentes da UE e residentes de Estados terceiros, beneficiando a posição destes últimos, porquanto que a Diretiva não lhes é aplicável.

Por outro lado, a inexistência de harmonização fiscal das taxas de imposto em vigor nos Estados-membros potencializa o planeamento fiscal dentro da UE, ao possibilitar uma aplicação inconsistente da Diretiva, uma vez que, em alguns casos, o valor da taxa de imposto constará como o valor de referência para a aplicação de uma determinada norma.

Assim sucede no caso das CFC's: ao terem como referência a taxa de imposto em vigor no Estado-membro do contribuinte, a aplicação da norma irá depender, no seu todo, do valor da taxa de imposto do Estado-membro em questão, podendo assim surgir oportunidades de planeamento fiscal. Por outro lado, a implementação do regime constante da Diretiva pode e, muito possivelmente, deverá colidir com os compromissos assumidos pelos Estados no âmbito das CDT's.

¹⁴⁹ Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 200.

IV. Acresce que a consagração de conceitos em aberto, tais como o conceito de “montagem não genuína” previsto na GAAR constante no n.º 1 e n.º 2 do artigo 6.º, propicia interpretações distintas. Consequentemente, tal conceito apenas poderá ser preenchido com o decurso do tempo, o que significa que até ao seu adequado preenchimento, o grau de litigância em tribunal bem como os procedimentos administrativos deverão aumentar em virtude dos conflitos interpretativos que potencialmente irão surgir em torno da presente expressão.

Também a interação entre a GAAR e a norma especial antiabuso constante das regras relativas às sociedades controladas não se encontra devidamente explicada, e a ausência de uma interação adequada pode suscitar dúvidas quanto ao enquadramento de cada situação, tratando-se de um domínio a ser explorado pelo TJ, que terá que desenvolver regras suficientemente claras que determinem a adequada articulação das normas *supra*¹⁵⁰.

Ficou também por explicar, a forma como os Estados-membros deverão articular a aplicação das suas regras gerais antiabuso (e também regras especiais antiabuso) com a regra geral antiabuso do artigo 6.º, pese embora seja possível depreender que as regras gerais antiabuso são suscetíveis de possuir eficácia meramente interna, isto é, serão adequadas para situações domésticas de abuso apenas, ao passo que a GAAR da Diretiva será orientada para situações de abuso fiscal no domínio do Direito Europeu, nomeadamente o abuso das Liberdades Fundamentais. Por sua vez, as situações de abuso aqui consideradas deverão sempre assumir uma natureza transfronteiriça¹⁵¹.

De igual forma se observa a ausência de esclarecimento quanto à interação da GAAR com as normas antiabuso constantes da Diretiva Fusões e Cisões, ou da Diretiva sociedades-mães/afiliadas. No entanto, parece que, neste domínio, tal esclarecimento se afigura desnecessário, atendendo ao carácter especial das normas antiabuso das restantes Diretivas, que vem, em princípio, precluir a aplicação da GAAR, sempre que aplicáveis.

V. Verifica-se, relativamente à proposta, um alargamento da competência dos Estados-membros, no que respeita à possibilidade de aplicação, ou não, de determinadas

¹⁵⁰ Axel Cordewener, “Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?”, *EC Tax Review*, vol. 26, 2017-1, p. 66.

¹⁵¹ Em sentido contrário, os autores Luc De Broe e Dorien Beckers consideram que a GAAR aplicar-se-á indiscriminadamente a todas as situações, independentemente da existência de um carácter transfronteiriço, cfr. Luc De Broe/Dorien Beckers, “The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice’s Case Law on Abuse of EU Law”, *EC Tax Review*, 2017-3, p. 141.

normas (como é o caso das CFC's) ou de aplicação das normas a determinadas entidades ou sujeitos (como é no caso da norma relativamente à dedutibilidade de juros e a sua aplicação a instituições financeiras), elementos puramente discricionários que tornam evidente que a aprovação da Diretiva foi concretizada através da assunção de um compromisso, o qual procurou contrabalançar os poderes da União com o poder soberano dos Estados, e, não obstante consubstanciar um feito louvável, tornou-se evidente que tal compromisso, em substância, reflete um quadro legislativo insuficiente para alcançar a harmonização fiscal nas respetivas matérias previstas.

VI. Acresce que muitas das medidas implementadas, nomeadamente as regras relativas à dedutibilidade de juros e as regras CFC, vão para além das recomendações emitidas no âmbito do projeto BEPS. Com efeito, a fixação de um valor de dedução até 30% do EBIDTA não vai ao encontro do previsto pela OCDE, que havia previsto um valor entre 10% e 30%, tendo a UE determinado o valor mais elevado, como valor de referência. Segundo KIRSTEN ANDERSSON¹⁵², tal conduz a uma posição desvantajosa a países europeus periféricos, uma vez que, por força do regime da Diretiva, os mesmos se encontram impedidos de compensar os seus mercados de pequena dimensão, bem como a distância geográfica, com a implementação de regimes de dedutibilidade de juros mais atrativos.

VII. Por fim, a manutenção de um nível mínimo de proteção, que não proíbe o legislador interno de legislar em sentido mais restrito, constitui motivo de preocupação, dado que resulta, uma vez mais, numa aplicação inconsistente da Diretiva, propulsora de planeamento e concorrência fiscal a nível europeu. Na opinião de alguns autores, pode até suceder que, em determinados casos, o sentido da legislação interna seja tão restrito ao ponto de excluir do âmbito da Diretiva situações que, de outro modo, estariam sujeitas ao seu regime¹⁵³.

¹⁵² Kirsten Andersson, "The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and the European Union", *Intertax*, vol. 44, Issue 10, 2016, p. 738.

¹⁵³ Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser "ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects", *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 206.

3.5. BASE JURÍDICA, SUBSIDIARIEDADE E PROPORCIONALIDADE

I. A presente Diretiva tem por base o artigo 115.º do TFUE, disposição que prevê que a adoção de Diretivas, com vista à aproximação das legislações nacionais, em matérias com incidência direta no Mercado Interno, seja feita através de procedimento legislativo especial, cuja votação é feita à unanimidade. Com efeito, a competência em matéria de tributação direta pertence aos Estados-membros, pelo que o Tratado não apresenta disposições específicas que regulem tal matéria. Este facto surge essencialmente de dois motivos¹⁵⁴: aquando da elaboração do Tratado de Roma, a tributação direta não aparentava consistir um domínio relevante no processo de implementação de um Mercado Interno; por outro lado, uma vez considerando que os impostos diretos figuram como um instrumento útil na prossecução de objetivos económicos e sociais, sempre se verificou uma certa relutância por parte dos Estados-membros em abdicar de tal competência.

II. A par do critério da unanimidade, a aprovação de um ato legislativo como uma Diretiva apenas se torna concretizável diante do respeito pelo princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

III. O princípio da subsidiariedade surge como um princípio de natureza político-institucional, o qual assume um papel fundamental na realização dos objetivos consagrados no Tratado e, bem assim, na harmonização das legislações europeias com vista a garantir a efetivação do Mercado Interno, regulando essencialmente o modo como as competências da União Europeia devem ser exercidas. Este mesmo princípio encontra-se previsto no artigo 5.º do TUE e dispõe no sentido de que *“nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”*¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Lukasz Adamczyk, “The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation”, *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 3rd ed, Wien, Spiramus, 2013, p. 24.

¹⁵⁵ Artigo 5.º do Tratado da União Europeia.

Enquanto o princípio da atribuição de competências, princípio inicialmente previsto no Tratado de Roma, veio a delimitar o elenco de competências da União Europeia e suas respectivas instituições¹⁵⁶, o artigo 235.º do referido Tratado possibilitou a quebra da rigidez instituída pela divisão de competências da outrora Comunidade Europeia, ao prever a possibilidade do Conselho adotar as disposições necessárias por forma a alcançar os objetivos da Comunidade, sempre que diante da ausência de previsões específicas no Tratado suscetíveis de conferir os poderes necessários para o devido efeito, o que, segundo o entendimento de NUNO RUIZ¹⁵⁷, não constitui uma exceção ao princípio da atribuição de competências, muito pelo contrário, vem, por um lado, confirmar esse mesmo princípio e, por outro, libertar as Instituições Europeias do espartilho dos limites impostos por cada uma das bases jurídicas específicas.

Trata-se, a nosso ver, da primeira consagração de subsidiariedade¹⁵⁸, pese embora tal consideração não encontre um entendimento pacífico na doutrina, considerando que, para alguns autores, o princípio da subsidiariedade foi inicialmente consagrado no âmbito do Tratado de Maastricht¹⁵⁹. A existência implícita de um princípio da subsidiariedade no Tratado de Roma é, no entanto, evidente, uma vez que partilha, em essência, da ideia subjacente ao atual princípio no artigo 5.º do TUE, isto é, já o artigo 235.º do Tratado de Roma previa a existência de um mecanismo que admitisse a intervenção da União sempre que necessária para concretizar os objetivos que os Estados-membros se comprometeram a alcançar, à semelhança do atual princípio, prevendo até o requisito da unanimidade.

¹⁵⁶ Uma vez que, como organização internacional, não corresponde a um sujeito inicial e constitutivo de direito internacional, o quadro de competências da União Europeia foi definido no âmbito do Tratado de Roma, onde, sem prejuízo da soberania dos Estados, foi a então Comunidade Europeia habilitada a agir dentro dos limites e objetivos que os Estados se comprometeram a concretizar, por via da referida carta constitutiva. Desta forma, a ação da Comunidade e das suas Instituições foi assim legitimada à luz de várias disposições constantes do Tratado de Roma.

¹⁵⁷ Nuno Ruiz, “O Princípio da Subsidiariedade e a Harmonização de Legislações na Comunidade Europeia”, *A União Europeia na Encruzilhada*, Paulo de Pitta e Cunha et al., Coimbra, Almedina, 1996, p. 132.

¹⁵⁸ Vide Fausto de Quadros, “O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia”, Coimbra, Almedina, 1995, p. 24; João Mota Campos, *Direito comunitário*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian Vol. 1: O direito institucional, 1995, p. 632.

¹⁵⁹ Neste sentido, Sijbren Cnossen/Lans Bovenberg, “Company Tax Harmonization in the European Union: Some further thoughts on the Ruding Committee Report”, *Macroeconomic Dimensions of Public Finance: Essays in Honour of Vito Tanzi*, Routledge, 1997, p. 165, e José Daniel Tavares Fernandes da Silva, “Integração, Subsidiariedade e Autonomias na União Europeia. Portugal e as Regiões Autónomas dos Açores e Madeira”, Tese de Doutoramento, Faculdade de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, 2008, p. 140. Este último autor considera que tanto a redação como o elemento teleológico do princípio constante do artigo 235.º do Tratado de Roma refletem uma configuração alheia ao princípio da subsidiariedade, na medida em que consubstancia um mecanismo que visa atuar diante de futuras insuficiências de meios legislativos face a necessidades emergentes do processo de integração.

Neste sentido, o princípio da subsidiariedade surge como um instrumento de avaliação do preenchimento do pressuposto de ação comunitária¹⁶⁰, que atua sob condição de que os objetivos de harmonização não possam ser suficientemente prosseguidos pelos Estados-membros. Consequentemente, a União apenas deverá intervir na medida em que a atuação dos Estados-membros não estiver coletivamente assegurada.

O princípio da subsidiariedade, aquando aplicado à tributação direta, visa garantir que a soberania dos Estados-membros irá acompanhar e assegurar o regular funcionamento do Mercado Interno¹⁶¹. Por conseguinte, a intervenção da União apenas poderá ocorrer, na medida em que a ação dos Estados-membros se afigure insuficiente na concretização dos objetivos assumidos, *maxime* o combate às práticas de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo, com incidência direta no Mercado Interno, e a aplicação coordenada das medidas recomendadas no âmbito do Projeto BEPS. E foi à luz do princípio da subsidiariedade que os Estados-membros transferiram um elenco de competências no domínio da fiscalidade para a União Europeia, considerando que a ação individual e isolada seria insuscetível de prosseguir com os objetivos *supra*, e que a aproximação das suas legislações nacionais seria fundamental para a garantia do bom funcionamento do Mercado Interno.

Desta forma, entendeu-se que os choques assimétricos existentes na União Europeia, em razão da coexistência de diferentes legislações, apenas poderiam ser atenuados através de ação coordenada centralmente¹⁶². O princípio da subsidiariedade foi respeitado, uma vez que a Comissão considerou que uma aplicação eficiente dos resultados do BEPS apenas se torna possível através de uma iniciativa legislativa coordenada a nível da UE, sob pena de perpetuação das distorções do Mercado Interno em virtude da coexistência de medidas distintas e isoladamente aplicadas pelos Estados-membros¹⁶³. Consideramos que tal constatação se afigura pertinente, uma vez que as práticas de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo aqui em causa assumem uma

¹⁶⁰ Nuno Ruiz, “O Princípio da Subsidiariedade e a Harmonização de Legislações na Comunidade Europeia”, *A União Europeia na Encruzilhada*, Paulo de Pitta e Cunha et al., Coimbra, Almedina, 1996, p. 134.

¹⁶¹ Sijbren Cnossen/Lans Bovenberg, “Company Tax Harmonization in the European Union: Some further thoughts on the Ruding Committee Report”, *Macroeconomic Dimensions of Public Finance: Essays in Honour of Vito Tanzi*, Routledge, 1997, p. 165.

¹⁶² Com efeito, a existência de assimetrias favorece a centralização, neste sentido *vide* Richard Hemming/Paul Bernd Spahn, “European Integration and the Theory of Fiscal Federalism”, *Macroeconomic Dimensions of Public Finance: Essays in Honour of Vito Tanzi*, Routledge, 1997, p. 123.

¹⁶³ Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do Mercado Interno, COM(2016) 26 final de 28 de Janeiro de 2016, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

natureza transfronteiriça, pelo que a sua regulação através de legislação emanada a nível central, com vista à supressão de assimetrias resultantes de disparidades entre os sistemas fiscais, as quais potencializam este tipo de práticas será, em princípio, mais eficiente, face a iniciativas isoladas provenientes de cada Estado-membro.

Contudo, alguns autores consideram que a presente Diretiva não se encontra em conformidade com o princípio da subsidiariedade, uma vez que o regime por esta instituído poder-se-á afigurar potencialmente adverso ao funcionamento do Mercado Interno. Neste sentido, os autores ARNAUD DE GRAAF e KLAAS-JAN VISSER¹⁶⁴ denotam que as medidas que compõem a Diretiva Antielisão Fiscal objetivam, por um lado, a transposição coordenada das recomendações do Projeto BEPS e, por outro, a promoção de iniciativas próprias da UE, sendo que estas últimas não se encontram previstas no Projeto BEPS (tais como a norma de tributação à saída, ou a regra geral antiabuso). Na sua maioria, a Diretiva atua sobre o resultado de uma transação em específico, ou de múltiplas transações, realizadas entre duas entidades situadas em dois ou mais Estados-membros da UE, transações estas com impacto direto no Mercado Interno. Ao reverter o resultado das transações que figuram como o objeto das normas da Diretiva, bem como ao modificar a posição jurídica dos sujeitos que realizam essas mesmas transações, por forma a retirar vantagens das disparidades decorrentes das diferenças nas taxas de imposto vigentes nos Estados-membros, o regime da Diretiva interfere com o funcionamento do Mercado Interno. Desta forma, segundo a opinião dos autores, a Diretiva não cumpre com o requisito da subsidiariedade, uma vez que impõe um conjunto de medidas com um efeito potencialmente nocivo no Mercado Interno, suscetível de reforçar ainda mais as distorções existentes.

Por outro lado, a coexistência de diferentes medidas, orientadas para diferentes domínios da tributação direta, seria suscetível de determinar, à luz do entendimento dos referidos autores, a sujeição de cada medida, individualmente considerada, ao teste da subsidiariedade. Trata-se de uma opinião com a qual não concordamos, dado que o princípio da subsidiariedade, conforme exposição *supra*, consubstancia uma válvula de escape que habilita a UE a atuar no domínio de competências que não lhe são exclusivas, sempre diante da insuficiência da ação individual dos Estados-membros, sendo que o presente mecanismo foi previsto e resulta da vontade dos Estados-membros expressada e positivada no texto do Tratado. Ademais, o acionamento de tal mecanismo apenas poderá

¹⁶⁴ Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 204.

suceder diante do consenso de todos os Estados-membros, consenso que foi alcançado. Consequentemente, os Estados-membros entraram em acordo quanto à necessidade da interferência da UE nesta matéria, considerando que a sua ação isolada seria insuficiente para eliminar as distorções existentes no Mercado Interno.

No entanto, concordamos com os referidos autores, no que respeita à inexistência de avaliação do impacto das medidas avançadas em sede da Proposta da Diretiva Antielisão Fiscal, formalidade de extrema relevância¹⁶⁵.

À exceção desta última consideração, é nosso melhor entendimento de que a Diretiva cumpre efetivamente com o requisito da subsidiariedade, uma vez que as matérias constantes da mesma são suscetíveis de produzir resultados mais eficientes num contexto de maior coordenação.

IV. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade é um princípio geral de Direito, aplicado pelos Tribunais Constitucionais nacionais, bem como pelo Tribunal de Justiça Internacional, estando também presente no Ordenamento Jurídico Europeu, onde assume um papel fundamental.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade serve dois propósitos simultâneos: em primeiro lugar, é diretamente aplicável às disposições de direito interno que se afiguram restritivas das Liberdades Fundamentais do Tratado, sendo que estas apenas subsistem diante do cumprimento dos requisitos constantes do teste da proporcionalidade. Em segundo lugar, surge como critério avaliador das iniciativas legislativas da UE, mormente do instrumento legal utilizado, contrabalançando os interesses dos Estados-membros com os interesses da União.

Em essência, o teste da proporcionalidade objetiva garantir que existe uma relação lógica entre os meios e os fins a prosseguir, de modo a evitar resultados absurdos e inconsistentes¹⁶⁶. Este último propósito é aqui essencial, tendo em conta que releva analisar a compatibilidade da Diretiva Antielisão Fiscal com o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é composto por três vertentes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*, sendo que o preenchimento destes três elementos é necessariamente cumulativo.

¹⁶⁵ Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 204.

¹⁶⁶ João Dácio Rolim, “Proportionality and Fair Taxation”, *Intertax*, vol. 43, issue 5, May 2015, p. 405.

A vertente da adequação visa assegurar que o instrumento legal em questão é o indicado para a prossecução dos objetivos pretendidos, uma vez que a Diretiva objetiva a aproximação das legislações nacionais, com vista a eliminar oportunidades decorrentes das disparidades entre os sistemas jurídicos, através da implementação de um nível mínimo de proteção, bem como a adequada transposição das medidas do BEPS. Parece que tanto um objetivo como o outro são suscetíveis de uma melhor concretização através de uma abordagem coordenada, pelo que a vertente da adequação parece, a nosso ver, encontrar-se preenchida, porquanto que, em termos de substância, as medidas constantes da Diretiva consubstanciam meios idóneos para o alcance dos fins pretendidos.

Seguidamente, a vertente da necessidade exige que o instrumento seja indispensável para concretização dos objetivos prosseguidos. Tal significa que, de todas as soluções disponíveis, apenas a presente consta como a mais exequível, sendo todas as restantes alternativas consequentemente preteridas. A necessidade do instrumento legal e do respetivo regime jurídico implementado torna-se discutível, sobretudo no que respeita a determinadas matérias. Com efeito, não é evidente que todas as medidas constantes da Diretiva são suscetíveis de prevalecerem sobre qualquer outra alternativa, sobretudo no que respeita à regra geral antiabuso, às normas CFC's e à regra de tributação à saída. Como denota DENNIS WEBER¹⁶⁷, um aspeto da vertente da necessidade diz respeito à avaliação de todo o conjunto de medidas disponíveis, de forma a analisar a possibilidade de serem aplicadas medidas menos restritivas. Considerando que muitos Ordenamentos Jurídicos dispõem dessas mesmas normas, torna-se questionável se a inclusão destas medidas seria absolutamente necessária, e se não existiriam outras soluções menos restritivas das Liberdades Fundamentais e mais eficientes na eliminação de distorções¹⁶⁸.

Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu*. Esta última vertente visa, no presente caso, não só contrabalançar os interesses nacionais com os interesses da União, mas também contrabalançar os interesses da União com as Liberdades Fundamentais, na medida em que seja alcançado um ponto de equilíbrio e tais Liberdades não sejam desrespeitadas, aquando da prossecução dos objetivos da Diretiva. A soberania nacional foi efetivamente restringida, por vontade dos próprios Estados-membros, de modo a que

¹⁶⁷ Dennis Weber, *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: a Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 209.

¹⁶⁸ *Supra* 3.4. do presente Capítulo, onde se referem as oportunidades de planeamento e a consequente não eliminação das distorções, em virtude de as diferenças de taxas relevarem na aplicação das normas CFC's.

a aproximação de legislações, mediante as normas da Diretiva, torna o combate à evasão, elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo mais eficientes.

No entanto, a implementação destas medidas traduz-se necessariamente numa restrição às Liberdades Fundamentais, mormente a liberdade de estabelecimento e de capital, e, por conseguinte, é discutível se tais medidas não se afiguram demasiado restritivas, ainda que em prol dos objetivos prosseguidos. Consideramos que, de um modo geral, estas medidas proporcionam uma restrição equilibrada da liberdade de estabelecimento e de capital, ao conferirem um nível mínimo de proteção. De uma perspetiva puramente jurídica, no contexto da análise da compatibilidade das normas da Diretiva com a proporcionalidade *stricto sensu*, tal vertente parece encontrar-se preenchida, em virtude do impacto do seu regime, que efetivamente vem a restringir as Liberdades Fundamentais, ocorrer de tal forma que permite o adequado equilíbrio entre os objetivos prosseguidos e o respeito pelas Liberdades Fundamentais. Não esqueçamos que sobre os Estados-membros recai a faculdade de, em determinadas matérias, excluir a aplicação do regime da Diretiva. No entanto, a presente questão não é pacífica¹⁶⁹.

4. A DIRETIVA (UE) 2017/952 DO CONSELHO DE 29 DE MAIO DE 2017 QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2016/1164 NO QUE RESPEITA A ASSIMETRIAS HÍBRIDAS COM PAÍSES TERCEIROS (DIRETIVA ATAD II)

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

I. O tratamento fiscal das assimetrias híbridas, pese embora regulado no artigo 9.º da Diretiva Antielisão Fiscal, à luz da sua versão inicial, consubstanciava um quadro legislativo limitado às assimetrias híbridas originadas pela interação dos sistemas de tributação de sociedades dos Estados-membros.

Desta forma, não apenas se encontravam excluídas do escopo da norma anti-híbridos todas as assimetrias resultantes da interação de Estados-membros com países terceiros, como também se verificava a ausência de previsões orientadas para a neutralização dos resultados obtidos através de várias figuras estudadas e ilustradas no Relatório sobre a Ação 2 do Projeto BEPS. Com efeito, e conforme anteriormente

¹⁶⁹ Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser “ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects”, *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 205.

evidenciado, a regra relativa a assimetrias híbridas pecava em virtude da insuficiência de esclarecimento na determinação do seu escopo e do seu alcance, facto que a tornava praticamente numa cláusula aberta¹⁷⁰, movida em função de um resultado, suscetível de abranger toda e qualquer situação que culminasse com os resultados aí previstos.

II. Tratou-se, no entanto, de uma situação tida como temporária, uma vez que, aquando da aprovação da Diretiva ATAD I, o Conselho ECOFIN emitiu uma declaração em 12 de julho de 2016, na qual convidou a Comissão a apresentar uma proposta até outubro de 2016 relativa às assimetrias híbridas que envolvam países terceiros, por forma a garantir uma maior conformidade com as Recomendações adotadas no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 do BEPS, tendo em vista alcançar um acordo até ao final de 2016.

Os trabalhos da Comissão rapidamente avançaram e o prazo proposto pelo Conselho ECOFIN foi cumprido, com a apresentação de uma proposta de alteração da Diretiva Antielisão Fiscal a 26 de outubro de 2016¹⁷¹. O projeto de alteração da Diretiva foi acompanhado de perto pelo Conselho, que alcançou um amplo consenso relativamente à proposta apresentada a 6 de dezembro de 2016, a qual mereceu acolhimento dos ministros na maioria das suas previsões, existindo apenas algumas questões deixadas em aberto para desenvolvimentos ulteriores¹⁷², bem como algumas pequenas alterações face ao texto proposto¹⁷³. Contudo, já em 2017, a proposta de alteração à Diretiva Antielisão Fiscal foi, por via de orientações gerais¹⁷⁴ e compromissos do Conselho¹⁷⁵, objeto de pequenas modificações e esclarecimentos, e assim foi adquirindo uma estrutura mais sólida e uma maior substância, que culminou com a sua adoção formal pelo Conselho a 29 de maio de 2017.

¹⁷⁰ V. *supra* ponto 3.3. do presente Capítulo.

¹⁷¹ COM (2016) 687 final, Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

¹⁷² Outcome of the Council Meeting of 6th December 2016, Economic and Financial Affairs Council, PRESSE 65, p. 5, disponível em <http://www.consilium.europa.eu>.

¹⁷³ FISC 215, ECOFIN 1141, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

¹⁷⁴ Proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros - Orientação geral, FISC 47, ECOFIN 96, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

¹⁷⁵ Proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros - Compromisso da Presidência, FISC 46, ECOFIN, disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

III. Surge assim a Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017 que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros¹⁷⁶ (Diretiva ATAD II).

A Diretiva (UE) 2017/952 começa por enunciar, logo no seu Preâmbulo, a necessidade de estabelecer regras que neutralizem as assimetrias híbridas de forma mais abrangente quanto possível. E, pese embora reconhecendo que a Diretiva (UE) 2016/1164 prevê um quadro para combater as assimetrias híbridas, é fundamental estender a sua aplicação a países terceiros e prever outras categorias de híbridos e respetivos esquemas¹⁷⁷.

A reestruturação do regime anti-híbridos revelou-se um trabalho elaborado e completo que transpõe, para uma única norma, um regime compatível com as recomendações emitidas pela OCDE no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2, que aliás servem como fonte de ilustração ou de interpretação, na medida em que sejam plenamente enquadradas no regime instituído pela Diretiva, bem como com o direito da União¹⁷⁸.

O novo regime vem assim estabelecer um quadro de plena regulação de vários tipos de esquemas relacionados com assimetrias híbridas, definindo exceções e cláusulas de salvaguarda. São também acrescentadas diversas figuras, nomeadamente as assimetrias inversas, importadas e de estabelecimentos estáveis híbridos, bem como as transferências híbridas e as entidades duplamente residentes, todas não anteriormente previstas. Tais regras encontram-se exclusivamente concebidas com vista à neutralização dos resultados produzidos por essas assimetrias híbridas, porquanto que não se objetiva interferir com as características gerais dos sistemas fiscais das jurisdições envolvidas¹⁷⁹. Também os eventuais ajustamentos efetuados ao abrigo da Diretiva não deverão, em princípio, afetar a repartição de direitos de tributação entre jurisdições prevista numa CDT¹⁸⁰.

IV. O presente instrumento legal veio introduzir profundas alterações em matéria de assimetrias híbridas, com principal incidência no artigo que respeita às definições legais (artigo 2.º) e ao artigo que contempla as regras relativas às assimetrias híbridas

¹⁷⁶ Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017 que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁷⁷ Parágrafo 5 do Preâmbulo.

¹⁷⁸ Parágrafo 28 do Preâmbulo.

¹⁷⁹ Parágrafo 9 do Preâmbulo.

¹⁸⁰ Parágrafo 11 do Preâmbulo.

típicas (artigo 9.º). Desta forma, o que outrora se considerou um tratamento insuficiente e incompleto da matéria relativa a híbridos, caracterizado pela ausência de definições legais que permitissem a adequada delimitação do âmbito subjetivo e de aplicação da norma, aliada à falta de consagração de uma série de figuras que simplesmente não foram contempladas na Diretiva ATAD I, consta atualmente como uma área exaustivamente regulada, observando-se assim a transição de uma cláusula geral e abstrata para uma norma implementadora de um autêntico regime jurídico europeu em matéria de assimetrias híbridas. Esta transição vem, por outro lado, demonstrar o desconforto do legislador europeu com a vigência de uma cláusula geral, a qual naturalmente seria insuficiente para regular a neutralização de todas as assimetrias híbridas identificadas.

Também o âmbito de aplicação da Diretiva (artigo 1.º) foi objeto de modificações, bem como as regras relativas à dedutibilidade de juros (artigo 4.º) sofreram ligeiras alterações.

V. Cumpre, em primeiro lugar, referir que o âmbito subjetivo da Diretiva Antielisão Fiscal (ATAD I e ATAD II) foi objeto de ampliação, razão pela qual considerámos que qualquer referência a esta questão haveria de ser sistematicamente inserida no presente capítulo, por se consagrar o âmbito de aplicação definitivo. Assim, e em conformidade com a sua versão inicial, à luz do artigo 1.º, a Diretiva “é aplicável aos contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo os estabelecimentos estáveis situados num ou mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro”. Em virtude da alteração foi aditado um número 2 ao referido artigo, o qual, por sua vez, estende a aplicação a “todas as entidades consideradas transparentes para efeitos fiscais por um Estado-Membro”.

A criação do presente regime especial afigura-se de extrema importância, uma vez que sujeita à aplicação do regime da Diretiva, as entidades sujeitas ao regime da transparência fiscal, as quais não seriam, em princípio, abrangidas pelo seu regime, em virtude da sua inexistência como entidade separada e independente para efeitos fiscais e, conseqüentemente, da sua não sujeição a imposto sobre sociedades. Note-se que este regime apenas se encontra previsto para as situações que integram o escopo do novo artigo 9.º-A, respeitante às assimetrias inversas, pelo que, à exceção deste, as entidades tidas como transparentes não deverão ser abrangidas pela Diretiva.

Por conseguinte, a Diretiva aplicar-se-á doravante, regra geral, a todas as entidades sujeitas a imposto sobre sociedades na UE, aos estabelecimentos estáveis,

independentemente de onde se situa a sua respetiva sede e, excecionalmente, às entidades transparentes para efeitos fiscais num Estado-membro, sempre que despoletada a aplicação do artigo 9.º-A.

VI. Por sua vez, o elenco de definições constante do artigo 2.º foi profundamente ampliado face à redação anterior. As definições introduzidas tornam o presente artigo um instrumento fundamental na interpretação e aplicação do regime anti-híbridos, na medida em que consagra os elementos necessários para a adequada compreensão do quadro normativo instituído em matéria de assimetrias híbridas.

Desta forma, o artigo 2.º concentra todos os elementos essenciais e vem estabelecer um verdadeiro quadro legislativo em matéria de assimetrias híbridas plenamente delimitado através dos conceitos que estruturam e compõem o âmbito subjetivo, as condições relativamente às partes envolvidas nos respetivos esquemas, as circunstâncias nas quais as assimetrias híbridas ocorrem, as suas respetivas exceções, os resultados obtidos, e um conjunto variado de conceitos de carácter essencial para a aplicação do regime constante da Diretiva, inclusive definições como “entidade híbrida” ou “instrumento financeiro híbrido”, as quais mereciam, à luz da Diretiva anterior, uma mera referência desprovida de qualquer tipo de preenchimento conceptual, como já tivemos oportunidade de evidenciar^{181 182}.

VII. No que respeita à dedutibilidade de juros, o artigo 4.º sofreu apenas uns pequenos ajustes de carácter residual, insuscetíveis de modificar o mecanismo subjacente à norma, uma vez que consubstanciam meros ajustes de redação. Note-se que a definição de grupo controlado é retirada da presente norma, dado que se encontra atualmente prevista no artigo 2.º.

VIII. Por fim, o artigo 9.º é também modificado e sujeito a vários aditamentos. Recordemos que anteriormente este assumia a forma de uma cláusula geral, orientada para a verificação de um determinado resultado e para a sua respetiva neutralização. Também a mesma observava um alcance limitado a situações envolvendo Estados-membros.

¹⁸¹ V. *supra* ponto 3.3. do presente Capítulo.

¹⁸² A interação entre o artigo 2.º e o artigo 9.º e seguintes será devidamente analisada *infra* no ponto 2. do Capítulo III.

Posto que focada no resultado produzido pelo conflito de qualificação de entidades e instrumentos financeiros, a norma não abrangia nenhuma outra categoria de híbridos, nem tampouco procedia a uma descrição suficientemente esclarecedora do carácter híbrido desses instrumentos financeiros e das entidades. Sucede que as características inerentes aos intervenientes, às figuras, aos tipos de resultados produzidos por diferentes esquemas, entre outros, configuram elementos fundamentais para a adequada aplicação de normas, sob pena de qualquer situação ser potencialmente abrangida por um regime que dever-se-ia encontrar circunscrito a determinadas situações, resultando numa aplicação “cega” das normas.

No entanto, o cenário atual reflete uma norma composta, não apenas em termos de âmbito subjetivo, mas também pelo facto de se subdividir em múltiplos mecanismos orientados para a neutralização de diferentes esquemas, aos quais acrescenta cláusulas de salvaguarda que inibem a aplicação da norma. Por sua vez, são também aditados os artigos 9.º-A e 9.º-B, onde constam regimes especiais aplicáveis às assimetrias híbridas inversas e de dupla residência. Como já anteriormente referido, o artigo 2.º revela-se aqui fundamental na aplicação da norma.

O âmbito subjetivo foi alargado com vista a abranger países terceiros, alteração que criou impacto na estrutura da norma. Com efeito, à luz da versão anterior, os resultados de dupla não tributação apenas seriam suscetíveis de serem neutralizados no contexto europeu, existindo, para o efeito, uma única norma destinada a neutralizar cada resultado (D/NI ou D/D). Já a versão atual, apesar de manter o mesmo mecanismo, introduziu uma estrutura subsidiária, composta por norma primária e norma secundária, em moldes idênticos aos previstos nos trabalhos realizados pela OCDE.

Neste sentido, a norma primária deverá ser aplicada, e, caso tal não seja observado, a norma secundária deverá atuar em compensação, sendo que o mecanismo é aplicável não só a assimetrias híbridas envolvendo países terceiros, mas também Estados-membros. Pretende-se garantir a eficácia do quadro normativo aqui instituído, diante de dois cenários: em primeiro lugar, no contexto europeu, onde a aplicação de uma norma secundária permite aos Estados-membros resolver discrepâncias que ocorram ao longo do processo de transposição e execução da Diretiva respeitantes a uma assimetria híbrida¹⁸³. Em segundo lugar, a presente estrutura subsidiária objetiva assegurar a neutralização dos resultados de dupla não tributação originados por assimetrias híbridas

¹⁸³ Parágrafo 24 do Preâmbulo.

que envolvam países terceiros, garantindo que o resultado não se produz, ainda que diante da inércia do outro Estado, através do acionamento da norma secundária pelo Estado-membro envolvido.

Encontram-se também previstas exceções, seja face à aplicação da norma secundária, à tipologia de alguns instrumentos financeiros, aos compromissos assumidos em convenções ou a instrumentos de investimento coletivo.

Os novos artigos aditados contemplam regimes especiais, que respeitam às assimetrias inversas e às assimetrias geradas por conflitos atinentes a questões de residência, as quais, aliadas às normas aplicáveis a instrumentos financeiros e transferências, assimetrias importadas, entidades e estabelecimentos estáveis híbridos, compõem um regime elaborado que abrange todas as figuras híbridas analisadas no contexto da Ação 2 do BEPS.

IX. A Diretiva ATAD II representa uma iniciativa legislativa europeia composta por um quadro normativo especificamente orientado para a neutralização dos efeitos causados por diferentes assimetrias híbridas.

As assimetrias híbridas consistem num esquema de planeamento fiscal agressivo que transitou de um cenário de ausência de regulação¹⁸⁴ para uma questão regulada de forma exaustiva a nível europeu.

O Conselho adotou a presente alteração a 29 de maio de 2017, sendo que os Estados-membros deverão transpô-la até 1 de janeiro de 2020, à exceção das disposições relativas ao artigo 9.º-A, que deverão ser transpostas a partir de 1 de janeiro de 2022.

O funcionamento deste regime pressupõe o devido enquadramento teórico da temática respeitante às assimetrias híbridas. Para tal, proceder-se-á, em seguida, ao escrutínio das características inerentes a este tipo de assimetrias, por forma a proporcionar uma construção dogmática, suscetível de contribuir para uma melhor compreensão do tema.

¹⁸⁴ Excetuando-se a norma constante do artigo 4.º da Diretiva Sociedades-mães/afiliadas, unicamente aplicável a pagamentos de dividendos, a qual, pela sua própria natureza, se encontra limitada a este objeto.

II. AS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

1. INTRODUÇÃO À TEMÁTICA

I. Foi no contexto da Ação 2 do BEPS que se procedeu a um elaborado estudo orientado para a criação de medidas com vista a fazer face à problemática decorrente da utilização de figuras híbridas, como técnica de planeamento fiscal agressivo.

Cumprir referir que os aspetos atinentes à utilização de figuras híbridas já anteriormente tinham sido objeto de estudos realizados pela OCDE, com particular destaque para o Relatório *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, publicado em março de 2012¹⁸⁵. Foi no âmbito deste documento que foram identificadas as principais técnicas, onde as figuras híbridas funcionam como o principal instrumento para a produção de vantagens fiscais indevidas, designadas por *hybrid mismatch arrangements*. Foram, também, enunciadas as consequências do recurso a este tipo de esquemas, bem como as vantagens que daí decorrem. O Relatório conclui que a base de imposto, coletável nas diferentes jurisdições, é afetada pela existência de tais estruturas de planeamento agressivo, à qual acresce a dificuldade em determinar, de forma inequívoca, qual o Estado que viu a sua receita diminuída em virtude da assimetria provocada. Por fim, são ponderadas uma série de estratégias com vista a reagir de forma eficaz contra este tipo de práticas.

As conclusões finais a respeito da presente temática foram apresentadas no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 do BEPS, documento já anteriormente referido. Este relatório vem consolidar todos os trabalhos realizados pela OCDE sobre as assimetrias híbridas e propõe a reestruturação do quadro atual de tributação neste domínio, através da implementação de recomendações que visam atuar sobre os diferentes tipos de esquemas. São assim identificados os vários tipos de figuras híbridas, utilizadas no contexto de vários esquemas ilustrados através de cerca de oitenta exemplos, para os quais são apresentadas as respetivas soluções normativas.

¹⁸⁵ Mais conhecido por *Hybrid's Report*. A temática também já tinha sido considerada noutros estudos, designadamente nos Relatórios *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses (2010)*, onde a questão foi comentada no âmbito do setor bancário, e foram identificadas situações de dupla dedução de perdas proporcionadas pelas diferenças entre vários sistemas fiscais, bem como no Relatório *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning (2011)*, onde foi recomendada a introdução de normas restritivas da dedutibilidade de perdas. Todos os documentos supramencionados encontram-se disponíveis em www.oecd.org.

II. Será uma assimetria híbrida, toda e qualquer estrutura que se apoie na oportunidade originada por um conflito de qualificação de um dado elemento ou figura (entidade, instrumento financeiro, transferência, estabelecimento estável) ou de imputação de pagamentos. Estes fenómenos são designados por híbridos, em virtude de serem caracterizados de forma diferente, para efeitos fiscais, à luz do direito interno de duas ou mais jurisdições e resultarem em situações de dupla não tributação. A existência de disparidades está assim na base destes fenómenos, que se refletem de modo positivo para o contribuinte e são por este aproveitados, por forma a diminuir a sua carga fiscal, ao provocar a erosão da sua base tributária.

A técnica em si consiste na utilização de uma figura, considerada híbrida em razão do diferente tratamento jurídico que observa em diferentes jurisdições. O conflito de qualificação pode assumir uma natureza *objetiva*, sempre que recaia sobre a qualificação de um instrumento, ou uma natureza *subjéctiva*, quando o mesmo diga respeito ao estatuto fiscal de uma entidade (transparência, residência), ou a imputação de pagamentos.

Através destes elementos circulam pagamentos¹⁸⁶, orientados para a produção de uma dupla não tributação (resultado), dado que originam rendimento e/ou despesas/gastos, não sujeitos a tributação nem na jurisdição do ordenante, nem na jurisdição do investidor. Os instrumentos financeiros, as entidades híbridas e os estabelecimentos estáveis servem de base para a criação de múltiplas estruturas de planeamento complexas, que geralmente envolvem entidades relacionadas entre si através de um grupo controlado ou de um investidor que exerce controlo na sociedade, existindo sempre um nexo de causalidade entre as partes da assimetria.

Diante do exposto, torna-se possível reunir quatro elementos relevantes para o adequado enquadramento dogmático da matéria, no sentido de proporcionar uma melhor compreensão acerca da natureza jurídico-fiscal das assimetrias híbridas, a saber: a existência de disparidades, o conflito de qualificação, o alcance de um resultado e a existência de um nexo de causalidade entre as partes. Cada elemento será individualmente considerado.

¹⁸⁶ Note-se que, para efeitos de identificação de um *mismatch*, releva a forma como diferentes jurisdições procedem à classificação do pagamento, e não a valoração do pagamento em si, como a decorrente, a título exemplificativo, de flutuações cambiais, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, parágrafo 44.

2. CARACTERÍSTICAS COMUNS

2.1. A EXISTÊNCIA DE DISPARIDADES

I. Constituem disparidades os resultados assimétricos originados pela interação de dois, ou mais sistemas fiscais, os quais, por sua vez, apresentam diferentes configurações. Tais assimetrias têm por objeto os vários elementos do *Tatbestand* de imposto¹⁸⁷ e representam uma inevitável consequência da justaposição de normas não harmonizadas provenientes de vários sistemas fiscais nacionais, cada um estruturado à medida das suas circunstâncias macroeconómicas específicas existentes num dado período¹⁸⁸, responsáveis por influenciar as decisões da política económica de cada Estado.

II. No contexto europeu, a atual divisão de competências no domínio da tributação direta na União Europeia afigura-se contraditória à lógica do Mercado Interno, bem como ao processo de integração político-económica, na medida em que reconhece a existência de Liberdades Fundamentais, por sua vez consubstanciadas no direito à livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, mas, por outro lado, reconhece também a autonomia dos Estados na definição e estruturação dos seus respetivos sistemas fiscais. Esta situação resulta na coexistência de vinte e sete jurisdições, consignadas a um único espaço económico, onde as Liberdades supramencionadas são asseguradas.

III. Por conseguinte, os operadores económicos que realizam atividades de carácter transfronteiriço são sujeitos à aplicação de várias normas, cada uma concretizando uma política interna de cariz nacional. Tendo em conta que os sistemas nacionais são diferentes, parece inevitável que a sua interação seja responsável por gerar distorções de mercado. Estas distorções têm como origem, a existência de disparidades¹⁸⁹.

Assim, uma análise mais detalhada do conceito permite reunir os seguintes requisitos:

¹⁸⁷ Nomeadamente, a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes, como enunciado no n.º 2 do artigo 104º da Constituição da República Portuguesa. Para uma melhor compreensão, vide Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 142.

¹⁸⁸ Conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, de 26.02.2008, C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, § 43.

¹⁸⁹ Ben J.M. Terra/Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 6.ª ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, p. 3.

i) Origem em mais que uma jurisdição

A articulação das diferentes normas, simultaneamente aplicáveis, torna-se suscetível de gerar conflito, na medida em que sujeita determinadas situações transfronteiriças a um tratamento fiscal com caracterizações divergentes, nas várias jurisdições contempladas. Tratam-se, assim, de fenómenos que têm necessariamente origem em mais que um Estado, o que leva os autores BEN TERRA e PETER WATTEL, a este propósito, a descrevê-los como “two-country problems”¹⁹⁰, uma vez que as especificidades de apenas um sistema legal, se afiguram, por si mesmas, insuficientes para gerar situações de disparidades.

ii) Inexistência de situação discriminatória

Estamos perante uma situação discriminatória sempre que esteja em causa a imposição de uma medida, por parte de um Estado-membro e de forma unilateral, a qual se traduz numa situação desvantajosa para um contribuinte não residente, sempre que este se encontre numa situação comparável à de um residente no Estado-membro em apreciação.

Esta realidade é contrária ao que sucede no plano das disparidades, onde a distorção tem origem na interação de diferentes jurisdições, assumindo um carácter bilateral ou multilateral. Deste modo, ambos residentes e não residentes encontram-se em pé de igualdade, e são, conseqüentemente, sujeitos à aplicação das mesmas normas tributárias. O problema surge quando, juntamente com estas normas, outras coexistem. Tal acumulação normativa pode resultar em diferentes interpretações da mesma realidade, sem que, para tal, se verifique a existência de uma situação discriminatória, sempre que da legislação aplicável não resulte qualquer distinção entre situação interna e externa.

Tratam-se, contudo, de especificidades de cada sistema legal que divergem, resultando num diferente tratamento jurídico da mesma situação, em diferentes jurisdições (contudo, neutral e não discriminatório). Esta situação pode ser facilmente demonstrada, tomando como exemplo o quantitativo de imposto; trata-se de um elemento objetivo do imposto altamente variável, cujo valor compete a cada Estado-membro

¹⁹⁰ Ben J.M. Terra/Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 6.ª ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, p. 64.

determinar. Deste modo, não pode o contribuinte opor-se à sujeição de uma taxa de valor mais elevado numa outra jurisdição onde também seja tributado, simplesmente pelo facto de, na sua jurisdição de origem, tal valor se afigurar menor. O mesmo ocorre na situação inversa (isto é, não pode invocar a taxa de valor inferior a que se encontra sujeito, no Estado da fonte, como fundamento de oposição à taxa de valor elevado que lhe é aplicável no seu Estado de residência). Apenas poder-se-ia opor diante de uma situação tributária desfavorável, provocada pela sujeição a um regime cuja aplicação não proporciona condições de igualdade.

Diante da ausência de um regime discriminatório, responsável por sujeitar situações transfronteiriças a um tratamento desfavorável, aquando do confronto com um regime que recai sobre situações internas comparáveis, torna-se indeterminável, à luz do Direito Europeu, qual o Estado-membro que deverá ceder a sua competência tributária a favor de outro Estado-membro, uma vez que as Liberdades Fundamentais constantes do Tratado não contemplam critérios de distribuição de competências tributárias¹⁹¹, pelo que as situações de disparidades encontram-se, assim, excluídas do seu âmbito de proteção.

iii) Inexigibilidade de adaptação de um sistema fiscal a outro

A política fiscal de cada Estado-membro gira em torno de uma multiplicidade de estratégias, responsáveis pela constante mutação dos modelos de sistemas fiscais vigentes. A adoção de diferentes estratégias encontra-se diretamente relacionada com a necessidade de reestruturação da política fiscal, com vista a atingir determinados objetivos prosseguidos pelo respetivo Estado-membro, e trata-se de uma competência exercida num contexto puramente nacional.

Sendo a política fiscal da competência de cada Estado, e atenta a falta de harmonização no domínio da tributação direta, de modo algum estão os Estados-membros obrigados a adaptar o seu próprio sistema fiscal aos diferentes sistemas tributários dos outros Estados-membros¹⁹². Também qualquer tentativa da parte do TJ de forçar um Estado-membro à modificação da sua lei interna, de modo a proporcionar uma melhor articulação com a lei de outro Estado-membro, constituiria uma manifesta violação à sua

¹⁹¹ Ben J.M. Terra/Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 6.ª ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, p. 61.

¹⁹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Containers Services*, § 51.

soberania¹⁹³. Ainda que considerássemos tal acontecimento possível, a hipótese de uma modificação culminar com uma situação discriminatória não poderia ser, de todo, excluída¹⁹⁴.

A existência de disparidades representa um sério obstáculo aos movimentos intracomunitários, e não se afigura de fácil resolução, enquanto os Estados-membros se mantiverem relutantes na modificação do atual quadro de competências¹⁹⁵, onde a tributação direta se insurge como um dos poucos resquícios de soberania, cujo processo de integração tem vindo a mitigar. Assim, o processo de harmonização fiscal encontra-se fortemente centrado na vontade dos Estados¹⁹⁶, revelada pelo “poder de veto” decorrente da regra da unanimidade¹⁹⁷, prevista no artigo 115.º do TFUE, critério autoexplicativo dos pequenos progressos até então efetuados neste domínio. É certo que a norma constante do artigo 116.º do TFUE prevê que as distorções causadas por disparidades sejam eliminadas, numa primeira fase, por acordo entre os Estados, após consultados pela Comissão Europeia ou, numa segunda fase, mediante iniciativa das Instituições Europeias no sentido de adotar medidas com vista à eliminação destas distorções, sendo estas, por sua vez, adotadas à maioria qualificada prevista no artigo 117.º do TFUE – o que constitui uma “válvula de escape” à regra da unanimidade e afigurar-se-ia uma boa solução no combate à eliminação de disparidades. No entanto, trata-se de uma disposição que, até aos dias de hoje, assume muito pouca relevância em matéria fiscal, uma vez que nunca foi utilizada neste contexto¹⁹⁸.

Na ausência de integração positiva, as distorções causadas por disparidades consubstanciavam, até recentemente, verdadeiros obstáculos intransponíveis em vista do processo de integração europeia. Com efeito, dado que a correção das assimetrias pressupõe a harmonização das legislações internas, tal implica um determinado grau de

¹⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.5.1998, C-339/96, *Mr. and Mrs- Robert Gilly*, § 48.

¹⁹⁴ Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 61.

¹⁹⁵ Como refere Ana Paula Dourado, “A ausência de referência expressa à necessidade de harmonização fiscal no quadro da tributação direta, bem como a regra da unanimidade, tem tido como consequência que a negociação pelo Conselho das propostas de diretiva apresentadas pela Comissão se tenha assemelhado a uma tarefa de Sísifo: [...] atmosfera de grande hostilidade e de espírito nacionalista inevitável no contexto da negociação [...] e, por fim, retirada das propostas de diretiva, por falta de apoio político do Conselho.”, v. Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 27.

¹⁹⁶ Paula Rosado Pereira, *Convenções sobre Dupla Tributação e Direito Comunitário Tributário*, Tese de Doutoramento em Direito Fiscal, 2009, p. 274.

¹⁹⁷ *Idem*, *ibidem*.

¹⁹⁸ Ben J.M. Terra/Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 6.ª ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, p. 20.

cedência da parte dos Estados-membros, o qual até ao momento simplesmente não se tinha verificado.

IV. Ao invés do que sucede no campo das disparidades, que se situam fora do âmbito de proteção das Liberdades Fundamentais, o conceito de discriminação pode ser entendido como o princípio, por excelência, delimitador da atuação dos Estados-membros, uma vez que surge como critério e limite do alcance das normas internas de cada Estado-membro.

V. Considerando que, no domínio da tributação direta, estamos diante de um processo de integração negativa, a análise de uma eventual situação discriminatória afigura-se essencial para garantir o regular funcionamento do Mercado Interno, onde a livre circulação apenas pode operar, sem obstáculos, diante da existência de tratamento não discriminatório dentro do espaço económico europeu. Assim, sem prejuízo da competência exclusiva dos Estados-membros em matéria de tributação direta, esta competência terá de ser exercida em conformidade com o Direito Europeu¹⁹⁹. O Direito Europeu comporta uma previsão geral de não discriminação em razão da nacionalidade, constante do artigo 18.º do TFUE, a liberdade de circulação e residência dos cidadãos da União Europeia, no artigo 21.º do TFUE, e as cinco liberdades fundamentais: liberdade de circulação de bens (artigo 28.º e seguintes), de trabalhadores (artigo 45.º e seguintes), de estabelecimento (artigo 49.º e seguintes), de prestação de serviços (artigo 56.º e seguintes) e de capitais (artigo 63.º e seguintes). Note-se que todas as liberdades têm aplicabilidade direta dentro do contexto do Mercado Interno, apenas a liberdade de capitais se aplica a Estados terceiros, e toda e qualquer legislação interna de um Estado-membro que se encontre em violação destas liberdades será proibida pelo TJ. Este apenas será, então, competente para interpretar e influenciar a legislação interna de um Estado-membro, na medida em que esta se afigure discriminatória. O mesmo é válido para as disposições constantes de CDT's²⁰⁰.

¹⁹⁹ Cfr., entre outros, Acórdão do Tribunal do Justiça de 14.2.1995, C-279/93, *Schumacker*, § 21.

²⁰⁰ Com efeito, o simples facto de uma norma de conteúdo discriminatório constar de uma CDT, e não de lei interna, não serve de base justificativa para o tratamento discriminatório, pelo que se encontra sujeita, nos mesmos moldes, aos condicionalismos impostos pelo Direito Europeu, cfr., por todos, Michael Lang, "The Binding Effect of the EC Fundamental Freedoms on Tax Treaties", in *Tax Treaties and EC Law*, (ed.) by Wolfgang Gassner/Michael Lang/Eduard Lechner, The Hague : Kluwer, (Series on International Taxation), 1997, p. 20.

VI. O conceito de não discriminação surge assim como um princípio estruturante do Mercado Interno. De modo a auferir se a legislação interna de um Estado-membro se encontra em violação das disposições de Direito Europeu, o TJ submete a situação a um teste de comparabilidade, no qual irá avaliar se a situação interna apresenta um tratamento mais favorável que situação transfronteiriça (comparabilidade vertical) ou se a situação transfronteiriça em apreço é tratada de modo desfavorável, quando comparada com outra situação transfronteiriça (comparabilidade horizontal). Uma vez tida como discriminatória, o próximo passo consiste em verificar se existe uma justificação válida que admita o tratamento discriminatório, e, caso exista, se esta solução se afigura, à luz de um juízo de proporcionalidade, como aceitável. Diante da falta de justificação, ou até de uma justificação não aceite, a legislação será proibida e o Estado-membro encontra-se obrigado a proceder à sua modificação.

VII. Por sua vez, constituem restrições as “medidas que proíbem, perturbam ou tornam menos atrativo o exercício das liberdades de circulação”. Na opinião do Advogado Geral Poiares Maduro, no acórdão *Marks & Spencer*, tais restrições são suscetíveis de assumir diferentes formas: podem, por um lado, surtir um efeito discriminatório, favorecendo os nacionais de um Estado-membro em detrimento dos transnacionais, e podem, por outro lado, constituir uma consequência de uma medida de proteção das posições adquiridas pelos operadores económicos estabelecidos no mercado nacional, restringindo a entrada de novos operadores, ou ainda resultar de uma legislação que torne as trocas entre os Estados-membros mais difíceis que as trocas internas num Estado-membro. Contudo, o Advogado Geral considera que não é qualquer restrição da liberdade económica ou comercial que constitui uma restrição no sentido pretendido pelo TJ quando a descreve como uma medida que perturba ou torna menos atrativo o exercício das liberdades de circulação. Esta terá de “conter uma espécie de discriminação que resulta do facto de os Estados-membros configurarem as suas medidas sem terem em conta os efeitos daí resultantes para as situações transnacionais. Só estas últimas são proibidas pelo Tratado”²⁰¹. No fundo, o que Advogado Geral Maduro faz, é reconduzir o conceito de restrição proibida pelo Tribunal à ideia de que esta tem de ter sempre subjacente um intuito discriminatório. Parece tratar-se, então, de uma discussão puramente doutrinária, cujo enquadramento conceptual de conceitos, na prática, não assume grande relevância,

²⁰¹ Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro de 7.04.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, §§ 39 e 40.

uma vez que o critério prevalecente será sempre reconduzível à noção de discriminação²⁰².

VIII. Cumpre ainda referir que, na opinião do Advogado Geral Geelhoed, as disparidades não constituem, em si, um conceito autónomo, mas sim integrado numa conceção *sui generis* designada por “quase-restrições”, nas quais também estão incluídas as provocadas por maiores encargos administrativos que recaiam sobre transnacionais, bem como as provenientes da coexistência das administrações fiscais nacionais e de repartição de competências entre dois regimes fiscais²⁰³. Estas, contrariamente às “verdadeiras restrições”, situam-se fora do âmbito de aplicação das disposições do Tratado sobre a livre circulação. Neste aspeto, parece que o argumento avançado pelo Advogado Geral Geelhoed vai ao encontro do entendimento do Advogado Geral Maduro, quando este último refere que nem todas as restrições se encontram sujeitas às liberdades de circulação. Todavia, parece que este novo conceito de “quase-restrições” surge apenas como uma nova nomenclatura para designar situações que, por constituírem inevitáveis distorções provocadas pela interação de sistemas fiscais, se encontram fora do âmbito de proteção das Liberdades Fundamentais e que, à exceção dos maiores encargos administrativos, são reconduzíveis ao conceito de disparidades.

IX. No entanto, como refere o Advogado Geral Geelhoed, tal não significa que estejam excluídas da aplicação do Tratado em si, uma vez que a competência dos Estados-membros no domínio da tributação direta está sujeita às medidas de harmonização adotadas pelo Conselho, ao abrigo do artigo 115.º do TFUE e às medidas tomadas pela Comissão ao abrigo dos artigos 116.º e 117.º do TFUE²⁰⁴.

X. As diferenças de tratamento resultantes de disparidades legislativas entre os Estados-membros não constituem discriminações proibidas pelo Tratado. Dada a

²⁰² Neste sentido, Vanessa E. Enghlmaier, “The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation”, Introduction to European Tax Law: Direct Taxation, Lang/Pistone/Schuch/Staringer (eds.), 3.^a ed., Spiramus Press, 2013, p. 57, Daniela Hohenwarter, «The Allocation of Taxing Rights in the light of the Fundamental Freedoms», in *Tax Treaty and EC Law*, Lang/Schuch/Staringer (eds.), Kluwer Law International, 2007, p. 99 e Conclusões do Advogado Geral Geelhoed de 23.02.2006, C-374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, § 36.

²⁰³ Conclusões do Advogado Geral Geelhoed de 23.02.2006, C-374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, § 55.

²⁰⁴ Conclusões do Advogado Geral Geelhoed de 23.02.2006, Caso C-374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, § 47.

inexistência de diferença de tratamento, entre a situação interna e a situação transfronteiriça, o Tribunal de Justiça sempre se inibiu no sentido de se pronunciar nestas questões, concluindo que tal tratamento decorre do “exercício em paralelo, por dois Estados-membros, da respetiva competência fiscal”²⁰⁵. Consequentemente, os Estados-membros não seriam obrigados a adaptar os seus sistemas fiscais aos sistemas fiscais de cada Estado-membro, com o simples propósito de eliminar desvantagens que tenham origem nas assimetrias legislativas dos vários Estados. Desta forma, as assimetrias híbridas causadas por disparidades, ainda que resultando numa situação de dupla não tributação, não eram suscetíveis de serem neutralizadas através de uma qualquer ação por parte da UE.

XI. A aprovação da Diretiva ATAD I e ATAD II determinou um ponto de viragem no que respeita à atuação do TJ. Com efeito, e como já anteriormente denotado²⁰⁶, observa-se a transferência de um vasto conjunto de competências que passam a integrar a jurisdição do Tribunal, entre as quais a faculdade de submeter as disposições internas a uma análise de compatibilidade, não apenas com o regime instituído por via da Diretiva, mas também à luz das Liberdades Fundamentais e do Direito Europeu.

As assimetrias híbridas, fenómenos para os quais não existia uma solução a nível europeu, uma vez tendo por base a existência de disparidades, são doravante objeto de uma intensa regulação, através da implementação de um regime que vincula os Estados-membros. Nesta medida, a transposição das disposições constantes da Diretiva encontra-se sujeita ao escrutínio do Tribunal.

Note-se, no entanto, que o campo de ação do Tribunal encontra-se limitado a disparidades que originam situações de dupla não tributação em circunstâncias muito específicas, com recurso a certos tipos de figuras que produzem determinados resultados, pelo que se mantêm excluídas as situações de disparidades que culminam com resultados de dupla tributação ou resultados de dupla não tributação não abrangidos pelo regime anti-híbridos.

²⁰⁵ Expressão utilizada pelo *TJ*, pela primeira vez, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.11.2006, C-513/04, *Mark Kerckhaert and Bernadette Morres*, § 20.

²⁰⁶ *Supra* ponto 3.4. do Capítulo I.

2.2. O CONFLITO DE QUALIFICAÇÃO

I. A existência de disparidades dá lugar a conflitos de qualificação que proporcionam a dupla não tributação de certos elementos, aquando da incidência simultânea de normas provenientes de sistemas fiscais distintos. A interpretação divergente que recai sobre esses elementos é o fator responsável por lhes atribuir o carácter híbrido.

II. No caso dos instrumentos financeiros, o carácter híbrido do instrumento decorre, desde já, do conflito de qualificação de um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro interpretado como dívida e simultaneamente capital ou contrato de derivados (*derivative contracts*). Existe também uma subcategoria, correspondente às transferências híbridas, que consistem em transferências de instrumentos financeiros que geram posições incompatíveis dos contribuintes a respeito de um determinado pagamento, e originam discrepâncias quanto aos direitos de propriedade sobre os bens objeto destas transferências.

A sobreposição de interpretações, quanto às características inerentes ao instrumento financeiro ou à transferência híbrida, sujeita os pagamentos que circulam através destes a diferentes tratamentos fiscais, e as estruturas que servem de base a este tipo de planeamento encontram-se assim posicionadas em jurisdições deliberadamente selecionadas, por forma a que tais pagamentos não sejam sujeitos a tributação em nenhuma das jurisdições envolvidas. O conflito de qualificação assume, neste caso, uma natureza *objetiva*, uma vez que a divergência de tratamento fiscal tem origem na análise das características do instrumento financeiro, ou da transferência, resultar na subsunção dos mesmos factos a normas diferentes, excluindo-se, para o efeito, os conflitos de qualificação atinentes ao estado do contribuinte ou às circunstâncias em que o instrumento é detido²⁰⁷. Por sua vez, os pagamentos que circulam ao abrigo de estruturas híbridas deste tipo são dedutíveis na esfera do ordenante e não incluídos no rendimento tributável, sendo, no entanto, considerados para efeitos fiscais em ambas as jurisdições.

III. No que respeita às entidades híbridas, o conflito de qualificação é, por sua vez, reconduzível à divergência dos critérios utilizados para a qualificação para efeitos fiscais

²⁰⁷ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 42 e 43.

de uma determinada entidade, que culmina com a dupla não tributação de um pagamento por estas emitido, ou recebido.

A diferente qualificação atribuída à natureza da sociedade cria divergências quanto às normas fiscais que lhes são aplicáveis, e resulta de a circunstância dessa sociedade observar um tratamento fiscal distinto em duas ou mais jurisdições envolvidas, sendo simultaneamente considerada uma entidade sujeita a imposto sobre as sociedades, por um lado, e transparente, por outro, ou duplamente residente. As estruturas apoiadas na utilização de entidades híbridas beneficiam, deste modo, da discrepância de qualificações quanto ao seu estatuto, à luz da legislação de diferentes Estados.

Tratam-se aqui de conflitos de qualificação de natureza *subjetiva*, porquanto que têm por base uma divergência interpretativa quanto às características inerentes à situação fiscal do contribuinte, isto é, à entidade que recebe ou emite o pagamento, pagamento este que termina por ser desconsiderado para efeitos fiscais, em consequência de a entidade ser ela mesma desconsiderada para efeitos fiscais, ou atribuído a uma outra entidade que seja membro do mesmo grupo de consolidação. Em outros casos, pode suceder que o mesmo pagamento, dedutível ao abrigo da jurisdição do ordenante, despolete uma dupla dedução na jurisdição onde se encontra a entidade que o recebe.

IV. As entidades duplamente residentes são também tidas por entidades híbridas, pese embora assentem numa lógica distinta. Não obstante o conflito interpretativo aqui evidenciado assentar igualmente em critérios de imputação subjetiva, o mesmo radica de um conflito de residência positivo, o qual culmina com situações em que a mesma entidade é considerada para efeitos fiscais à luz do direito interno das várias jurisdições em que opera. As entidades duplamente residentes assumem um carácter particular face às restantes figuras híbridas aqui estudadas, na medida em que são objeto da sobreposição de disposições legais emanadas por diferentes Estados que resultam na sua sujeição ao mesmo tratamento jurídico, ou seja, a qualificação como residente, contrariamente às restantes assimetrias híbridas, cujo conflito de qualificação advém da sujeição a tratamentos jurídicos diferentes. Consequentemente, ao serem qualificadas como residentes para efeitos fiscais em ambas as jurisdições onde operam, os pagamentos emitidos por estas entidades são considerados para efeitos fiscais e, uma vez tidos como despesas e gastos, são dedutíveis em ambas as jurisdições envolvidas.

V. Já os estabelecimentos estáveis híbridos observam uma configuração distinta, uma vez que não resultam de diferenças no tratamento fiscal de entidades ou instrumentos financeiros, mas sim de diferenças na imputação de pagamentos efetuados entre sede e estabelecimento estável²⁰⁸, originados pelo conflito de interpretações dadas pelo Estado onde o estabelecimento estável se situa, e o Estado onde se situa a sua respetiva sede.

O conflito de imputação de pagamentos incide, primordialmente, sobre questões do domínio contabilístico e surge dadas as inconsistências provocadas pela interação dos vários critérios aplicados por diferentes jurisdições, utilizados com vista à determinação, para fins tributários, dos rendimentos e despesas incluídos na contabilidade financeira da entidade.

Tais inconsistências são exploradas, por forma a que certos pagamentos, realizados entre sede e respetivos estabelecimentos estáveis, sejam objeto de diferentes imputações, em virtude das normas contabilísticas do Estado da sede divergirem das normas aplicáveis na jurisdição do estabelecimento estável, o que resulta na atribuição do pagamento à sede, à luz da interpretação dada pelo Estado do estabelecimento estável, e na atribuição do pagamento ao estabelecimento estável, por parte do Estado da sede.

Julgamos tratar-se de um conflito de natureza subjetiva, resultante da interação de normas contabilísticas que culmina com a atribuição do pagamento a outra entidade, na medida em que decorre de diferenças na imputação subjetiva, isto é, quanto a quem é o destinatário do pagamento/rendimento. Consequentemente, os diferentes critérios de imputação baseiam-se na atividade do sujeito passivo, a qual foi responsável por gerar o rendimento, pelo que traduzem uma dimensão subjetiva do conflito.²⁰⁹

Contudo, o pagamento em si, para além de desconsiderado, pode ser duplamente dedutível, sendo que, nesta última hipótese, a dupla dedutibilidade decorre do facto do mesmo pagamento ser incluído na contabilidade de ambas as entidades e consequentemente, dedutível em ambas as jurisdições. A dedutibilidade em ambas as jurisdições consubstancia um conflito positivo, na medida em que ambas as normas contabilísticas das jurisdições envolvidas consideram o pagamento dedutível.

²⁰⁸ OECD, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements – Action 2 Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, 2017, p. 9, disponível em www.oecd.org.

²⁰⁹ Trata-se, contudo, de uma questão discutível. Os argumentos no sentido de consubstanciar um conflito de natureza objetiva podem ser também estes válidos, caso se considere que se trata de um conflito de normas que incidem diretamente sobre o pagamento, que culmina com a atribuição do pagamento a uma outra entidade. No entanto, a natureza do conflito objetivo aqui discutido é distinta do conflito presente nos instrumentos financeiros híbridos, uma vez que não dizem respeito a divergências assentes nas características inerentes ao elemento híbrido, mas sim a diferenças de imputação subjetiva que atribuem o pagamento a um diferente destinatário.

Pode também suceder que, da interação de normas quanto à atribuição da propriedade de bens intangíveis, resulte um conflito respeitante à titularidade dos mesmos. Por conseguinte, a discrepância assente na atribuição da propriedade sobre os intangíveis, cuja titularidade recai, simultaneamente, sobre a sede e sobre o estabelecimento estável, dada a sobreposição de legislações aplicáveis, proporciona condições para a circulação de pagamentos, que acabam por ser desconsiderados em virtude de a titularidade ser atribuída, no Estado da sede, ao estabelecimento estável.

E, pese embora seja qualificável como um conflito de titularidade, o pagamento subjacente aos ativos, através dos quais o rendimento é gerado, é necessariamente objeto de um conflito de imputação. Desta forma, apesar de observar uma origem diferente, face aos conflitos de imputação inicialmente referidos, uma vez que estes últimos estão diretamente relacionados com imputação de pagamentos, o presente conflito de titularidade é também ele responsável por criar um conflito de imputação do pagamento, dado que a atribuição da titularidade irá determinar a imputação do rendimento que se encontra associado à titularidade do ativo que o gerou, e a imputação do pagamento dar-se-á em conformidade com quem consta como o titular do ativo, pelo que consideramos tratar-se de um conflito de natureza subjetiva.

Adicionalmente, o conflito de qualificação pode decorrer da utilização de diferentes critérios para determinação da existência de estabelecimentos estáveis, e, conseqüentemente, o estabelecimento estável não seja tido em conta para efeitos fiscais no Estado onde se encontra situado, sendo também este um conflito de natureza subjetiva.

Quanto aos estabelecimentos estáveis não tidos em conta, a circunstância de os mesmos não serem qualificados como estabelecimentos estáveis para efeitos tributários decorre da interação de diferentes critérios, utilizados pelos Estados, para a determinação da existência deste tipo de figura. Com efeito, muitos destes critérios, ao serem simultaneamente aplicados ao mesmo contribuinte, entram em conflito e resultam em diferentes interpretações. Conseqüentemente, enquanto à luz dos critérios aplicados por um Estado, a atividade prosseguida no outro Estado determina a existência de um estabelecimento estável, no outro Estado onde esse mesmo contribuinte opera, a aplicação dos critérios para a determinação da existência de estabelecimento estável culmina com a desconsideração do contribuinte para efeitos fiscais nessa jurisdição.

Desta forma, os pagamentos efetuados entre sede e estabelecimento estável serão desconsiderados na jurisdição cujos critérios resultam na não qualificação do contribuinte como estabelecimento estável, uma vez que, para efeitos fiscais, a atividade aí

prosseguida afigura-se insuficiente para qualificar o contribuinte como uma presença tributável nesses moldes.

Note-se que ambos os conflitos de qualificação aqui considerados, à exceção dos conflitos assentes na titularidade de intangíveis, podem ter origem na interação de legislações internas, como também podem ser provenientes da interação entre normas internas e as obrigações assumidas no âmbito das CDT's.

2.3. OS RESULTADOS OBTIDOS

I. Os pagamentos duplamente não tributados que circulam por intermédio dos elementos que são objeto de conflitos de qualificação, ou de atribuição, produzem diferentes resultados. Tratam-se de pagamentos²¹⁰ dedutíveis pelo seu ordenante, que não são incluídos no rendimento tributável do seu destinatário (D/NI), ou então simultaneamente deduzidos, pelo ordenante, e pelo destinatário (D/D). Pode também suceder que a não inclusão se dê por via da compensação, direta ou indireta, do rendimento a uma dedução gerada no âmbito de outra assimetria híbrida (D/NI indireto)²¹¹.

II. Não obstante o carácter essencial e cumulativo de todas as características inerentes às assimetrias híbridas, a obtenção de um resultado assume claramente uma posição de destaque, na medida em que um conflito de qualificação assume um carácter híbrido e, por conseguinte, torna suscetível a sua qualificação como assimetria híbrida, apenas diante do alcance de um determinado resultado, facto que assume particular relevância no contexto dos instrumentos financeiros híbridos. Por outro lado, a produção dos referidos resultados de dupla não tributação conduz a distorções que justificam a necessidade de regulação jurídica no sentido da sua neutralização.

²¹⁰ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 96 e ss.

²¹¹ A definição encontra-se prevista no quadro das definições gerais constante do Relatório Final tratando-se de um conceito que é transversalmente utilizado ao longo de todo o Relatório. Esta definição abrange pagamentos de quantias de dinheiro (ou valoráveis em dinheiro) efetuados através de um instrumento de financiamento, suscetível de consubstanciar uma distribuição de capital, um crédito ou um acréscimo de capital. Existem, no entanto, certas especificidades que variam conforme a modalidades de assimetria híbrida.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 17.

III. Na maior parte dos casos, a existência de nexos causal entre a figura híbrida e o resultado por esta provocado será evidente. Contudo, poderá consubstanciar um desafio no que respeita aos instrumentos financeiros, tendo em conta a multiplicidade de formas que assumem e os diferentes regimes de tributação a que se encontram sujeitos. Dada a impossibilidade de consagrar todas as categorias de instrumentos financeiros suscetíveis de classificações discrepantes, as recomendações da OCDE vão no sentido de considerar o instrumento como híbrido, porquanto que os termos em que foi concebido, e o tratamento fiscal a que se encontra sujeito em ambas as jurisdições envolvidas, possibilita o alcance dos respetivos resultados assimétricos favoráveis²¹².

IV. No que respeita às duplas deduções, este tipo de resultado permite que certos pagamentos, para além de serem dedutíveis no Estado do emissor, beneficiem igualmente de uma dedução ou um alívio fiscal equivalente no Estado do destinatário aquando do cálculo da matéria coletável²¹³.

Tais pagamentos normalmente correspondem a despesas associadas a pagamentos de serviços, rendas, juros, royalties, e outros montantes suscetíveis de serem deduzidos do rendimento sujeito a taxa marginal (*ordinary income*)²¹⁴ no período fiscal em que são efetuados²¹⁵, estando também aqui incluídos créditos de imposto economicamente equivalentes a uma dedução (tais como créditos de imposto concedidos em virtude de pagamentos de dividendos), gastos com depreciações e amortizações.

Por motivos de incidência simultânea de diferentes normas fiscais, essa mesma despesa é dedutível ao abrigo da legislação interna das jurisdições envolvidas, sendo que numa das jurisdições é deduzido de rendimento duplamente não incluído.

As duplas deduções podem ser alcançadas através de entidades duplamente residentes, estabelecimentos estáveis híbridos e pagamentos efetuados por entidades transparentes.

²¹² OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 18.

²¹³ Definição dada pela OCDE no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 165.

²¹⁴ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 125 e 128.

²¹⁵ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 69 e 79.

V. Quanto à dedução com correspondente não inclusão, um pagamento produzirá o presente resultado na medida em que seja considerado dedutível na jurisdição do emissor e não incluído no rendimento sujeito a uma tributação normal (*ordinary income*) numa outra jurisdição, onde se encontra o respetivo destinatário. A circunstância de não ser incluído no rendimento tributável pode radicar de um desagramento fiscal a que o pagamento se encontra sujeito, ou do facto do pagamento ser desconsiderado para efeitos fiscais. Estes resultados são tipicamente obtidos por via de instrumentos financeiros híbridos, pagamentos emitidos ou efetuados a entidades híbridas (incluindo grupos consolidados) e estabelecimentos estáveis híbridos.

No caso dos instrumentos financeiros, a dedutibilidade do pagamento apenas se verifica na medida em que este corresponda a um item separadamente dedutível nos termos da legislação interna da jurisdição onde é emitido, e encontram-se, regra geral, associados a pagamentos de juros, descontos de emissão (*issue discounts*), prémios de amortização (*redemption premiums*), *facilities*, custos de empréstimo (*lending fees*) e pagamentos efetuados ao abrigo de contratos derivados²¹⁶. Por sua vez, o mesmo será tido por *não incluído*, sempre que beneficie de alguma isenção, exclusão, crédito ou outro tipo de alívio fiscal concedido a determinados tipos de pagamentos, tais como créditos indiretos relativos a pagamentos efetuados a partir de outra jurisdição²¹⁷.

Já no que respeita às entidades híbridas (e grupos consolidados), bem como aos estabelecimentos estáveis, os pagamentos dedutíveis vão em linha com a tipologia de pagamentos no âmbito dos resultados D/D, pese embora na presente situação se encontrem excluídos pagamentos associados a aquisição de ativos financeiros ou de quotas de depreciação e amortização (*allowance for depreciation and amortisation*)²¹⁸.

Esse mesmo pagamento, para além de dedutível na jurisdição do emissor, é *desconsiderado* na jurisdição do destinatário e gera conflitos de política fiscal, na medida em que a dedução se encontra disponível para ser compensada face a um montante que não irá ser integrado no rendimento duplamente incluído em ambas as jurisdições²¹⁹,

²¹⁶ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 27.

²¹⁷ Interpretação *a contrario* do disposto no Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 28.

²¹⁸ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 51.

²¹⁹ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 50.

provocando uma erosão da base tributária no Estado do emissor, com uma correspondente ausência de tributação no Estado do destinatário.

VI. Por fim, as assimetrias importadas possibilitam o alcance de resultados indiretos de dedução com correspondente não inclusão. Estes resultados apenas se tornam suscetíveis de concretização através da utilização de um outro esquema híbrido que resulte numa D/D ou D/NI²²⁰, o qual tem início em uma, ou várias jurisdições intermédias. Estas jurisdições têm como propósito atuar como filtro de um fluxo de pagamentos: o pagamento recebido por parte do ordenante e o pagamento dedutível destinado à jurisdição do investidor. Desta forma, o resultado D/NI é indiretamente alcançado entre as jurisdições onde o ordenante e o investidor se encontram situados, através da neutralização dos resultados do primeiro pagamento e do pagamento efetuado ao abrigo de um outro esquema híbrido, sendo que estes resultados podem ser neutralizados ao longo de várias jurisdições por onde circulam os referidos pagamentos.

Sucedem que o primeiro pagamento, destinado à jurisdição intermédia, é ele mesmo dedutível ao nível do seu respetivo ordenante, e correspondentemente incluído no rendimento tributável do seu destinatário na jurisdição intermédia. Contudo, a utilização de um esquema híbrido com início na jurisdição intermédia anula o efeito desse rendimento auferido, ao lhe ser aposta uma dedução resultante de um pagamento efetuado ao abrigo de uma estrutura híbrida (dedução híbrida²²¹) o qual não será correspondentemente incluído na jurisdição do investidor.

Esse fenómeno torna-se possível através da utilização de jurisdições cujo ordenamento jurídico carece de normas anti-híbridos²²². Consequentemente, o pagamento será dedutível no âmbito da jurisdição do ordenante, sendo que este geralmente encontra-se associado a juros, rendas, *royalties*, serviços, e o segundo pagamento, efetuado através do esquema híbrido, não será incluído no rendimento do investidor. Os termos em que o mesmo não é incluído no rendimento tributável variam consoante a natureza do esquema híbrido em questão.

²²⁰ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 85.

²²¹ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, *ibidem*.

²²² Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 83.

VII. A OCDE apresentou como solução, com vista à neutralização dos resultados acima descritos, a adoção de *linking rules*, normas que visam alinhar o tratamento fiscal do elemento híbrido nas diferentes jurisdições e inviabilizar os efeitos por este produzidos.

As referidas normas assentam numa lógica subsidiária, sendo compostas por uma regra primária (*primary rule*) e uma regra secundária (*defensive rule*). Apenas diante da não aplicação da regra primária, por um Estado, deverá alternativamente a regra secundária atuar, no outro Estado. Trata-se de uma estrutura que pretende evitar, por um lado, situações de dupla tributação, originadas pela aplicação cumulativa de normas à mesma situação e, por outro, assegurar que o *mismatch* é efetivamente eliminado, na eventualidade de uma das jurisdições não aplicar a regra.

No âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 foram recomendadas diferentes *linking rules*, especificamente orientadas para os resultados produzidos por assimetrias híbridas, e plenamente adaptadas às características inerentes a cada figura híbrida, assumindo, desta forma, diferentes configurações. Atendendo à diversidade de recomendações, a matéria referente a cada solução normativa recomendada será sistematicamente enquadrada aquando do tratamento dogmático de cada figura híbrida em particular.

2.4. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS PARTES E A ASSIMETRIA

I. A existência de um nexo de causalidade entre as partes que integram a estrutura híbrida consta como a última característica que compõe o elenco fundamental de características suscetíveis de contribuir para a delimitação dogmática do próprio conceito de assimetrias híbridas. Com efeito, é através de um nexo de causalidade que se procede à adequada identificação dos sujeitos ou entidades que se encontram por detrás dos esquemas que dão origem às referidas assimetrias, bem como se permite estabelecer uma conexão entre os resultados obtidos e a existência de um esquema previamente concebido com vista ao alcance desses resultados, incorrido por um conjunto de contribuintes que objetivam beneficiar dos resultados proporcionados por tal estrutura.

A determinação do nexo de causalidade, pese embora se trate de um domínio tendencialmente inserido num contexto subjetivo, dado corresponder a um exercício que objetiva identificar as partes envolvidas na matéria, e, nesta medida, dar resposta à questão de *quem* se encontra por detrás do esquema, consiste numa determinação efetuada

com recurso a elementos *factuais*. Neste sentido, apenas a factualidade inerente ao esquema poderá ser objeto de análise, no âmbito da determinação do nexo de causalidade entre as partes, e é através da mesma que se torna possível justificar a imputação, à parte, dos efeitos da assimetria.

Desta forma, a existência de um nível de envolvimento suficiente será demonstrada através da recolha de todos os elementos factuais (leia-se, a informação disponibilizada à parte) suscetíveis de provar que a parte detinha conhecimento ou informação suficiente para compreender a mecânica do esquema e seus respetivos efeitos, ou que, por outro lado, poderia razoavelmente contar com a produção de determinado resultado que culminou com a obtenção de um benefício. Relevam, para o efeito, os atos praticados através de agente ou mandatário por conta da parte, os quais serão consequentemente imputados a esta última.

II. Diante do exposto, a determinação de um nexo de causalidade poder-se-á dar com recurso a critérios de conexão, sendo que estes poderão assumir um caráter *objetivo*, sempre que os elementos factuais que comprovem a existência de envolvimento suficiente do contribuinte sejam reconduzíveis a termos em que o acordo, sobre o qual assenta a estrutura híbrida, é concebido (tais como o preço ou os factos e circunstâncias), ou, por outro lado, um caráter *subjetivo*, sempre que a avaliação dos elementos factuais seja efetuada com recurso a critérios que assentem na relação entre as partes envolvidas no esquema.

Ambos os critérios aqui considerados são suscetíveis de cumulação, não havendo conflito na aplicação simultânea dos mesmos, uma vez que se destinam a ser aplicados em diferentes cenários: a aplicação de critérios objetivos visa, no fundo, garantir a existência de um nexo de causalidade, diante da ausência de uma relação entre as partes, baseando-se assim em pressupostos que respeitam à situação e aos moldes em que a mesma foi concebida por forma a originar uma assimetria híbrida, ao passo que a determinação do nexo de causalidade com recurso a critérios subjetivos parte do pressuposto que a assimetria híbrida foi deliberadamente produzida pelas partes envolvidas, atendendo à relação estabelecida entre as mesmas, a qual possibilitou a adoção de esquemas com vista a que todos os envolvidos dela pudessem beneficiar.

Cumpre referir, em primeiro lugar, que a presente construção dogmática tem por base as definições de “entendimento estruturado” e “partes relacionadas, grupo controlado e atuação conjunta”, conceitos desenvolvidos pela OCDE, no âmbito do

Relatório Final sobre a Ação 2 do BEPS, os quais surgem a delimitar o escopo das *linking rules* propostas. Note-se que a generalidade das normas propostas apresenta um âmbito de aplicação subjetivo limitado aos conceitos *supra*, à exceção de algumas normas que, por sua vez, observam um escopo ilimitado.

2.4.1. CRITÉRIOS DE CONEXÃO OBJETIVOS

I. Os critérios de conexão *objetivos* correspondem ao conjunto de elementos que compõem a definição de “entendimento estruturado”, nos termos do disposto no Relatório da OCDE, e partem de uma análise objetiva do acordo que serve de base à estrutura híbrida, através da qual se poderá razoavelmente concluir pela existência de umnexo de causalidade entre as partes envolvidas e a referida estrutura²²³.

A referida análise corresponde a nada mais que uma mera subsunção de factos, face a critérios que assumem a forma de indicadores objetivos, comprovativos da existência de uma estrutura, desenvolvida com vista à produção de uma assimetria híbrida. Por forma a concluir que a estrutura consubstancia uma assimetria híbrida, deverá-se ter em conta a estrutura como um todo, incluídos os passos, transações e esquemas que a incorporam. Nada obsta a que à mesma situação correspondam vários critérios em simultâneo²²⁴.

Desta forma, nos termos da definição dada pela OCDE, será um “entendimento estruturado” aquele onde, ao resultado da assimetria híbrida, aí evidenciada, se encontre associado um retorno económico pretendido, ou, por outro lado, os factos e circunstâncias (incluindo os termos) em que a estrutura foi concebida indicam que foi deliberadamente desenvolvida com vista à produção dessa mesma assimetria²²⁵.

No âmbito da presente temática, foi recomendado um elenco não taxativo de critérios objetivos, devidamente ilustrados através de exemplos que evidenciam a existência de um entendimento estruturado.

II. O primeiro critério de conexão objetivo incide sobre a vantagem económica subjacente ao resultado assimétrico produzido. Neste sentido, sempre que se verifique

²²³ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 106.

²²⁴ *Idem, ibidem*.

²²⁵ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 105.

que a assimetria híbrida foi inserida no cálculo do retorno económico da estrutura, por forma a produzir uma vantagem económica, poder-se-á concluir que o motivo que serve de justificação para a adoção de tal estrutura está relacionado com a vantagem económica que lhe é subjacente, e, bem assim, consubstanciará um indício de um entendimento estruturado.

Assim sucede no exemplo 10.1 do Relatório Final sobre a Ação 2, onde duas sociedades não relacionadas e situadas em diferentes jurisdições entram em acordo face a um empréstimo efetuado através de um instrumento híbrido financeiro, qualificado num Estado como instrumento de dívida, e noutro Estado como capital isento. Nos termos do exemplo, a motivação de B co. para celebrar o acordo com A co. assenta na vantagem económica que B co. pode auferir, em virtude da legislação do Estado onde se encontra situado atribuir um desconto face à taxa de juros legal em vigor no país onde se situa A co., por esta última ser mais elevada. Por conseguinte, o montante dos juros pagos por B co. a A co. ao abrigo do instrumento financeiro híbrido reflete uma vantagem económica superior ao que seria expectável, diante da ausência da presente estrutura, e as partes poderiam razoavelmente contar com esse resultado²²⁶.

O teste proposto consiste num teste legal e factual, cuja análise recai sobre os termos do acordo celebrado entre as partes, por forma a apurar se reflete um preço que de outro modo não seria praticado, não fosse o efeito produzido através da estrutura híbrida²²⁷. Por conseguinte, encontram-se excluídos da referida análise, todos os elementos que respeitem à relação entre as partes e circunstâncias em que o acordo ocorreu.

Situação semelhante ocorre no exemplo 10.2, pese embora neste último exemplo o empréstimo seja contraído a um terceiro não relacionado, por forma a que a transação não seja abrangida por normas anti-híbridos, cujo escopo se encontra limitado a entidades relacionadas.

Esta estrutura proporciona a redução da base tributária de duas das entidades envolvidas, ao permitir que o valor dos juros pagos por B co. por via do empréstimo realizado por C co. sejam deduzidos por B co. e, simultaneamente, “anulados” da base tributária de C. co., aquando apostos a um pagamento de juros de C. co a A co., através

²²⁶ Vide exemplo 10.1., Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 433.

²²⁷ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 106.

de um empréstimo realizado entre estas últimas sociedades. Tais juros são deliberadamente fixados a uma taxa superior à taxa de mercado, com vista garantir que C co. aufera um benefício pelo financiamento efetuado a B co., benefício este que se traduz numa dedução de juros mais elevada que o valor dos juros pago por B co., em virtude de a taxa de juros ser fixada a valores superiores aos valores de mercado.

Por fim, A co. beneficia da estrutura através do financiamento *supra* efetuado a C co., com juros fixados a uma taxa elevada. Mais uma vez se verifica a existência de uma vantagem económica subjacente, que de outro modo não teria sido obtida, e que consubstancia a motivação para que a presente estrutura tenha sido desenvolvida²²⁸, estando identificado o nexo de causalidade entre as partes envolvidas e a estrutura híbrida adotada.

III. A análise dos factos e circunstâncias do acordo que deu origem à assimetria híbrida surge como um teste mais exaustivo, composto por indícios que apontam para a existência de um entendimento estruturado.

Contrariamente ao teste da vantagem económica, no âmbito da análise dos factos e circunstâncias, as informações relativas à relação entre as partes, as circunstâncias em que o acordo foi celebrado e a sua capacidade de gerar os resultados assimétricos corresponder ao objetivo prosseguido, os passos e transações adotados, são fatores relevantes que contribuem para a comprovação da existência de um entendimento estruturado.

Neste domínio, importa analisar todas as fontes documentais que comprovem que as partes envolvidas possuem um envolvimento material na estrutura e que podiam razoavelmente contar com a produção dos seus efeitos, sendo a estrutura deliberadamente concebida com vista à produção da assimetria (note-se que este indício também se verifica no âmbito do exemplo 10.2, já referido, uma vez que as partes envolvidas deliberadamente conceberam a estrutura por forma a evitar a aplicação de normas anti-híbridos, as quais neutralizariam os efeitos pretendidos).

Os passos e transações que compõem a estrutura são relevantes no contexto da análise dos factos e circunstâncias, na medida em que a sua concretização é suscetível de corroborar a existência de um nexo de causalidade, sempre que correspondam a ações e decisões desprovidas de substância económica, ou incluídas no esquema com o simples

²²⁸ Vide exemplo 10.2., Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 435.

propósito de alcançar o resultado pretendido, e que de outro modo não teriam sido ponderadas, caso não produzissem a assimetria^{229 230}.

Constitui também um indício, a circunstância da assimetria híbrida identificada consistir num produto comercializado, descrito e publicitado sob forma documental (email, panfleto, brochura) e adquirido pelo investidor, que adota essa estrutura de planeamento fiscal por forma a beneficiar dos resultados assimétricos por esta gerados. Cumpre referir que a descrição do produto deverá ser suficientemente esclarecedora ao ponto de proporcionar ao seu destinatário as informações necessárias acerca do modo como seria aplicado, bem como as suas respetivas consequências fiscais.

Diante da ausência de um produto comercializado, ainda assim pode constituir indício de uma estrutura planeada, a eventualidade de um esquema consubstanciar, na prática, um tipo de investimento dirigido a um determinado grupo de contribuintes, localizados em jurisdições específicas que proporcionam as condições ideais para a implementação de determinadas estruturas de planeamento, sendo difundido como tal, através, por exemplo, de um *memorandum* enviado a um grupo de investidores que inclui uma síntese do tratamento fiscal a que se encontra submetido um instrumento híbrido financeiro e as suas respetivas vantagens decorrentes da assimetria que provoca²³¹.

Por outro lado, a possibilidade de alterar o retorno económico da operação, sempre que a assimetria deixa de ser produzida, assegura que o esquema não comporta nenhum risco para as partes envolvidas, as quais poderão facilmente pôr termo ao acordo sem que, para tal, existam consequências. Trata-se de uma análise que recai sobre os termos contratuais que servem de base à estrutura, nomeadamente sobre as cláusulas que dispõem sobre as suas implicações fiscais. Dada a frequente inserção de cláusulas deste género, foi recomendado no Relatório Final que seja concedida ao contribuinte a oportunidade de

²²⁹ Cfr. Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 108.

²³⁰ Releva, para o efeito, apurar quais seriam as soluções alternativas suscetíveis de culminar com uma transação livre de resultados assimétricos. Por conseguinte, a inserção de passos e transações numa estrutura, os quais objetivamente não refletem nenhum propósito substancial, a não ser o resultado assimétrico produzido, aponta para a existência de um nexo de causalidade, na medida em que permite concluir que a adoção dos mesmos apenas se deu em virtude do resultado que proporcionam. Neste sentido, o exemplo 10.2 demonstra que o empréstimo realizado por B co. a C co. traduz-se num passo desnecessário incorporado numa estrutura, uma vez que o mesmo poderia ter sido contraído a A co., e apenas assim não sucedeu em razão da aplicação de normas anti-híbridos que iriam neutralizar o resultado objetivado *vide* exemplo 10.2., Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 435.

²³¹ Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 109.

poder provar que tais disposições consubstanciam disposições típicas de contratos de financiamento²³².

Por último, a celebração de um acordo revelador da inviabilidade económica da transação aí prevista, é suscetível de contribuir para a determinação de um nexo de causalidade, sempre que se verificar que tal acordo não teria lugar em condições normais de negociação, nem tampouco a parte o haveria celebrado a não ser em razão do resultado que produz²³³.

IV. Cumpre referir que, por forma a estabelecer um nexo de causalidade entre as partes e a assimetria híbrida existente, será necessário apurar o grau do envolvimento de cada uma das partes que compõem o elemento subjetivo da estrutura. Tal corresponde a um teste objetivo, baseado na informação que o contribuinte tem ao seu dispor, a qual proporciona o conhecimento suficiente acerca da existência da assimetria e do modo como funciona, para lhe ser possível antecipar as consequências fiscais que lhe são inerentes²³⁴, independentemente de ter, ou não, beneficiado da assimetria. Contudo, não deverá ser imposto ao contribuinte um dever de informação superior ao que razoavelmente deveria ser observado²³⁵.

Quanto aos atos praticados em nome e por conta do contribuinte, tais como atos praticados por agentes, deverão estes ser diretamente atribuídos ao contribuinte, na medida em sejam integrados numa estrutura da qual resulta uma assimetria híbrida. É o que sucede no caso das entidades transparentes, e também dos *trusts*²³⁶.

²³² Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 110.

²³³ Como sucede no caso de uma empresa realizar um empréstimo a juros elevados por forma a transportar o resultado híbrido para o investidor, neste sentido vide exemplo de C co. e A co., exemplo 10.2, Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 435.

²³⁴ Vide exemplo 10.5, onde Borrower C co. é considerado parte do esquema envolvendo um instrumento financeiro híbrido, em virtude de dispor de informação suficiente para, por um lado, compreender que o seu financiamento apenas foi efetuado por uma afiliada de A co. por motivações fiscais e, por outro, poder razoavelmente depreender que o capital provém de A co. e simplesmente assim foi estruturado por forma a evitar a aplicação de normas anti-híbridos no Estado onde A co. se encontra sediado, exemplo 10.5, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 443.

²³⁵ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 111.

²³⁶ Cfr. exemplo 10.4 onde um trust subscreve um instrumento híbrido financeiro cujo retorno irá reverter para o beneficiário do trust, uma vez que este último se encontra sujeito ao regime da transparência fiscal. Apesar do beneficiário não ter conhecimento do investimento efetuado pelo seu *trustee*, e, bem assim, não ter envolvimento suficiente no esquema incorrido, ainda assim ir-lhe-ão ser imputadas as suas respetivas consequências fiscais em virtude do regime aplicável aos trusts, exemplo 10.4, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 111.

2.4.2. CRITÉRIOS DE CONEXÃO SUBJETIVOS

I. Ao invés dos critérios de conexão objetivos, que partem de uma análise da estrutura em si, e dos seus efeitos para as partes, com base nos elementos documentais disponíveis aos contribuintes envolvidos, os critérios subjetivos apoiam-se na relação pré-estabelecida entre as partes, de modo a fundamentar que o nexo de causalidade entre a assimetria híbrida e as entidades que nela participam radica da circunstância destas últimas se encontrarem de algum modo relacionadas, seja através do montante de participação detido, da sua integração num grupo controlado ou da existência de relações especiais entre as partes.

A compreensão da estrutura societária e da forma como as relações entre as partes se desenvolvem é essencial, na medida em que vem esclarecer que o resultado proveniente da assimetria híbrida apenas foi alcançado em virtude das partes se encontrarem relacionadas.

II. Os critérios utilizados para a determinação da relação entre as partes, aqui designados por *subjetivos*, correspondem à definição dada pela OCDE de “partes relacionadas, grupo controlado e atuação conjunta”, decomposta em três diferentes subcritérios, nomeadamente o valor do investimento detido, a integração num grupo controlado ou atuação conjunta. A aplicação dos critérios subjetivos deverá ser efetuada, independentemente das circunstâncias em que a assimetria híbrida foi gerada²³⁷.

III. No que respeita ao valor do investimento, dois contribuintes serão considerados como partes relacionadas sempre que um detenha, sobre o outro, um investimento num montante igual ou superior a 25%, ou exista um terceiro contribuinte que detenha um investimento igual ou superior de 25%, em ambos. Note-se que o presente critério é suficientemente amplo para abranger participações diretas e indiretas²³⁸.

²³⁷ Cfr. exemplo 1.1., onde o instrumento de dívida, adquirido pelo investidor através de uma transação com uma entidade não relacionada é, ainda assim, atribuído ao investidor em virtude da aplicação dos critérios subjetivos que incidem sobre a relação entre o investidor e o ordenante, exemplo 1.1., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 175.

²³⁸ Desta forma, a percentagem dos direitos de voto ou de participação no capital de numa sociedade será utilizada como referência, na sua proporção, para efeitos de cálculo do investimento dessa sociedade em outras. Esta situação é ilustrada através do exemplo 11.3., de onde consta uma estrutura societária na qual A co. é tido, *inter alia*, como parte relacionada de B co., em virtude de deter uma participação direta de

Por sua vez, o valor do investimento será determinado em função da percentagem dos direitos de voto, ou do valor da participação, isto é, o retorno financeiro associado à participação dos lucros numa sociedade.

Entenda-se por direito de voto, o direito de participar no processo decisório no que respeita a distribuições, a modificações estatutárias ou até mesmo no processo de nomeação de dirigentes incumbidos de funções de gestão ou controlo da sociedade.

No caso das sociedades, releva, para efeitos de cálculo da percentagem dos direitos de voto, o valor da participação na sociedade. Contudo, no caso de parcerias, *trusts* e *joint-ventures*, a determinação de um valor fixo traduz-se num exercício mais complexo, dada a natureza dessas entidades. Desta forma, diante da impossibilidade de atribuição de um valor fixo, a existência de uma relação entre as partes deverá ser determinada com base nos poderes associados aos direitos de voto já referidos *supra*, constantes dos documentos constitutivos de tais entidades²³⁹.

O poder decisório deverá consistir num poder presentemente exercido, e não futuro, à exceção de poderes supervenientemente previstos que vêm modificar o conteúdo e a natureza das obrigações e investimentos assumidos²⁴⁰.

IV. Por outro lado, pode o contribuinte ser membro de um grupo controlado. Neste domínio, os critérios que definem a existência de um grupo controlado dizem respeito à integração num grupo consolidado, à existência de controlo efetivo, ao valor da participação ou direitos de voto, ou à qualificação dos contribuintes envolvidos como empresas associadas.

Para efeitos de integração num grupo consolidado, uma afiliada terá que constar das demonstrações financeiras consolidadas da sociedade-mãe que a detém. Neste

100% nesta última, e também como parte relacionada de E co., em virtude de a mesma ser detida em 25% por B co. (entende-se que A co. detém 25% de E co.), exemplo 11.3, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 449.

²³⁹ Cfr. exemplo 11.1, onde o *settlor* do *trust* é tido como parte relacionada no esquema, uma vez que, nos termos da escritura do *trust*, sobre o mesmo recai o poder de nomeação de *trustees*, aspeto que é valorado como usufruindo indiretamente de 100% dos direitos de voto. Note-se que tal ocorre independentemente de o *settlor* não beneficiar do direito a distribuições, nem tampouco a proceder a alterações ao conteúdo da escritura. Por sua vez, o *trust*, apesar de transparente, é classificado como uma sociedade, e dado que detém uma participação de 100%, é considerado como detentor, de forma direta, dos direitos de voto e de retorno de capital da sociedade A co., com quem subscreveu um instrumento financeiro híbrido, exemplo 11.1. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 445.

²⁴⁰ Neste sentido, a faculdade, de num evento futuro, modificar a natureza de uma obrigação, ao convertê-la em ações normais é considerada como equivalente a um direito de voto, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 115.

contexto, a OCDE propõe como referência os padrões estabelecidos por via do *International Financial Reporting Standards* (IFRS), ou nos termos da lei interna aplicável, na medida em que a mesma seja compatível com os *Generally Accepted Accounting Principles* (GAAP).

Quanto à determinação da existência de controlo efetivo, a mesma pode ser observada através de um investimento do valor significativo que permite ao contribuinte exercer controlo sobre a uma sociedade, ou um terceiro sobre ambas as sociedades, numa lógica semelhante à considerada no contexto dos direitos de voto, ou seja, poderes relacionados com a nomeação de quadros dirigentes, modificação dos estatutos, entre outros que revelem a existência de um controlo efetivo de um contribuinte sobre a vida da sociedade.

Um contribuinte pode também ser considerado membro de um grupo controlado na medida em que detém uma participação ou direitos de voto numa sociedade, ou em diferentes sociedades, num valor mínimo de 50%, sendo que se tratam de conceitos já oportunamente submetidos a análise no âmbito do critério assente no valor da participação *supra*.

Por fim, a OCDE recomendou o recurso ao conceito de “empresas associadas” constante do artigo 9.º da Convenção Modelo, como forma de determinar a existência de controlo efetivo. Tal artigo refere a existência de um vínculo sempre que uma empresa participe, direta ou indiretamente, na gestão, no controlo, ou no capital de uma outra empresa. Trata-se de um critério que apresenta uma natureza residual face aos restantes critérios enunciados, uma vez que o próprio artigo 9.º remete a fixação dos valores, suscetíveis de enquadrarem o conceito, para a lei interna dos países contratantes, não contribuindo para a consagração de um critério uniformizado.

V. Contudo, nada impede que um contribuinte, pese embora não seja considerado “parte relacionada” - em virtude de não participar, direta ou indiretamente, dos lucros ou direitos de voto, nem pertencer a um “grupo controlado” - exerça a sua influência sobre a entidade que detém a participação, ou que é membro de um grupo controlado, com base numa relação especial que mantém com a mesma. Consequentemente, o último critério *subjetivo* aqui analisado tem como propósito estabelecer um nexo de causalidade entre contribuintes que, dadas as relações especiais que mantêm com outros contribuintes, participam ativamente na produção da assimetria híbrida e beneficiam dos seus respetivos efeitos.

Deste modo, evita-se assim que a eventual transferência, por parte de um contribuinte, de direitos de voto ou de participação, para um outro, que esteja a atuar de acordo com os interesses do primeiro, consubstancie um possível desvio à aplicação dos restantes critérios *subjetivos*, uma vez que os indicadores que compõem o critério da atuação conjunta (relações especiais) permitem que tal imputação subjetiva seja concretizada através da demonstração da existência de cooperação com os restantes contribuintes envolvidos na estrutura, suscetível de reconhecer ao contribuinte em relação especial a qualidade de parte na assimetria.

Tal assim o é, que a existência de relações especiais é critério suficiente para qualificar como parte, um ou vários investidores, que participem numa assimetria híbrida mediante acordo relativamente ao exercício dos seus direitos de voto, ou ao direito à participação nos lucros e distribuições, num montante inferior ao qualificável, para efeitos de imputação subjetiva, (25% de participação e ou integração num grupo controlado²⁴¹), pois ainda que não cumpram os requisitos *supra*, tem-se como provada a sua atuação conjunta na assimetria.

A prova de atuação conjunta radica dos termos do acordo, sendo que este tem necessariamente de incidir sobre a titularidade dos direitos de voto ou da participação das partes envolvidas no esquema, bem como acarretar um impacto material no valor desses direitos ou interesses²⁴².

Desta forma, pretendem-se imputar os efeitos subjetivos da assimetria cujas transações são realizadas entre partes não relacionadas, ainda que no âmbito de um acordo relativamente ao controlo e titularidade de direitos e interesses onde participem partes qualificadas como relacionadas à luz de outros critérios²⁴³. Consequentemente, ao

²⁴¹ Note-se que no exemplo 11.2 do Relatório existem quatro membros de uma parceria que detêm de forma equitativa a mesma percentagem dos direitos de voto e de participação nos lucros, sendo que através da parceria subscrevem um instrumento financeiro híbrido com uma afiliada sua, na qual detêm uma participação da 40%. Nesta circunstância, a aplicação do critério da participação indireta determinaria um valor inferior ao fixado (25%), uma vez que a cada membro da parceria ser-lhe-ia atribuída uma participação de 10%. Contudo, por força da existência de relações especiais, podem os efeitos da assimetria ser subjetivamente imputados aos membros da parceria, ao se verificar que atuaram conjuntamente na estruturação do esquema. Cfr. exemplo 11.2, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 447.

²⁴² Veja-se o exemplo 11.4, onde um acordo que dispõe sobre o direito de preferência na eventual alienação da participação, por parte de um acionista, não traduz um acordo onde se verifique um impacto material nos direitos de voto ou de participação em virtude de o mesmo prever que tal alienação deverá ser efetuada pelo seu valor de mercado, cfr. exemplo 11.4, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 117.

²⁴³ Tal como é assim ilustrado mais uma vez através do exemplo 11.4., onde um acionista minoritário é considerado parte no esquema envolvendo uma assimetria híbrida, em razão de ter celebrado acordo quanto a direitos de voto com acionistas maioritários, cfr. exemplo 11.4, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 117.

investidor em relações especiais, serão atribuídos os mesmos direitos de voto, ou de participação, que as outras partes no esquema²⁴⁴.

O vínculo familiar e a sua influência na composição da estrutura híbrida, constitui também um outro indício da existência de relações especiais, neste caso entre os acionistas e os seus familiares, o que faz com que os membros da família sejam também considerados partes no esquema e, conseqüentemente, lhes sejam atribuídos os respectivos efeitos, estabelecendo-se assim uma relação de causalidade ao se estender o conceito de parte aos familiares que, através do exercício da sua influência sobre o acionista, participaram na assimetria híbrida²⁴⁵.

Por outro lado, também o vínculo legal pode ser representativo da existência de relações especiais entre as partes, sempre que deste se retire que a pessoa se encontra juridicamente vinculada a atuar de acordo com os interesses de outrem, que tipicamente atua de acordo com as suas instruções, ou é expectável que assim o faça. Para tal, é necessário ter em conta a forma como a atividade é exercida pelo mandatário relativamente aos direitos de voto ou participação do seu cliente. A circunstância dos direitos de voto ou participação pertencerem ao advogado não o colocará, em princípio, numa relação especial, salvo seja provado que esses direitos e interesses são detidos pelo advogado em virtude da relação profissional que mantém com o cliente.

Por fim, o último indício objetiva identificar investidores que entram em acordo, entre si, relativamente ao exercício dos seus direitos de voto ou gestão da sua participação por um terceiro. Desta forma, uma vez evidenciado que tal gestão é efetuada em nome e por conta dos investidores, estes serão considerados em atuação conjunta. No caso de se tratar de um veículo de investimento, atendendo à sua natureza, a qual implica que necessariamente exista uma ou várias entidades cujos interesses são geridos pelo fundo, estes deverão ser excluídos do presente critério *subjetivo*, sempre que seja possível retirar dos termos do mandato de investimento (*investment mandate*) que o mesmo não preenche os pressupostos para a existência de atuação conjunta.

²⁴⁴ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 118.

²⁴⁵ Neste sentido, duas pessoas serão tidas como atuando conjuntamente no esquema, caso sejam membros da mesma família. Entenda-se por família os cônjuges ou unidos de facto, irmãos, filhos, avós e netos, bem como todos os parentes unidos pelo mesmo vínculo familiar supra, relativamente ao cônjuge, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 117 e 126.

3. FIGURAS HÍBRIDAS IDENTIFICADAS E RESPETIVA NEUTRALIZAÇÃO

Após uma breve reflexão relativamente ao enquadramento dogmático das assimetrias híbridas e das características que lhes são inerentes, iremos, em seguida, proceder a uma análise individualizada de cada uma das figuras híbridas destacadas no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 do BEPS.

Tais figuras correspondem aos instrumentos financeiros híbridos e à sua subcategoria de transferências híbridas, às entidades e estabelecimentos estáveis híbridos e às entidades duplamente residentes.

Consideramos, para efeitos dogmáticos, que as figuras híbridas correspondentes às inversas e às importadas, pese embora revestidas de autonomia conceptual no âmbito do relatório, constituem nada mais que uma variante de hipóteses de esquemas, que partem da utilização de instrumentos financeiros híbridos e entidades híbridas. Desta forma, não obstante a autonomia conceptual de tais figuras à luz do Relatório Final, as mesmas serão aqui tidas, não como uma categoria autónoma, mas sim como uma categoria de natureza derivada, em virtude culminarem com esquemas baseados nas figuras híbridas previamente identificadas.

3.1. OS INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS E AS TRANSFERÊNCIAS HÍBRIDAS

I. Como já tivemos oportunidade de constatar, os instrumentos financeiros assumem um carácter híbrido em virtude de serem simultaneamente interpretados, para efeitos fiscais, como instrumentos de dívida, de capital ou derivados²⁴⁶.

Por resultarem de um conflito de qualificação de natureza *objetiva*, o resultado assimétrico tem necessariamente de derivar das diferenças de caracterização do instrumento em si, bem como dos termos segundo os quais o instrumento financeiro foi

²⁴⁶ Sendo que consubstanciam conceitos a serem preenchidos à luz do direito interno. Porém, a OCDE considera que dever-se-ão manter excluídos de tal definição os acordos que incidam sobre prestações de serviços, *leasing* ou licenciamentos, seguros e transferência de ativos que não incorporam pagamentos não gerados de um retorno de capital ou de financiamento (*financing return*). OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 35.

concebido, independentemente das circunstâncias em que foi adquirido²⁴⁷ e das características inerentes ao contribuinte²⁴⁸. Note-se que a sujeição a diferentes regimes contabilísticos integra a análise dos termos do instrumento²⁴⁹. Por conseguinte, será através destes elementos que será possível identificar a génese da assimetria, uma vez que, em conformidade com o anteriormente exposto, a multiplicidade e complexidade dos instrumentos financeiros torna impossível que o reconhecimento do seu carácter híbrido seja efetuado com base na sua nomenclatura.

II. Os resultados dos instrumentos financeiros híbridos consubstanciam deduções²⁵⁰ de pagamentos interpretados como dívida, concedidas pelo Estado onde se

²⁴⁷ O exemplo paradigmático de um instrumento financeiro híbrido é ilustrado através do exemplo 1.1. do Relatório, onde duas entidades relacionadas entram em acordo relativamente a um financiamento interpretado como instrumento de dívida, no Estado da entidade que beneficia do financiamento e que, consequentemente paga juros (B co.), e como instrumento de capital no Estado da entidade que procede ao financiamento, e que recebe juros interpretados como dividendos no Estado onde se encontra (A co.). Desta forma, o resultado assimétrico deriva da caracterização do empréstimo à luz das jurisdições envolvidas. Note-se que o instrumento foi adquirido por A co. a um terceiro e que tal circunstância é irrelevante para a determinação da existência de um esquema entre A co. e B co. Por outro lado, a existência de um nexo de causalidade entre as partes e o esquema, para efeitos de imputação subjetiva é, na situação em apreço, determinada em virtude das empresas serem partes relacionadas. Contudo, diante da inexistência de uma relação entre as partes, o nexo de causalidade poderia ser determinado através dos critérios de conexão *objetivos*, como por exemplo o facto da estrutura aqui visada ser suscetível de ser facilmente desconstruída, sem que tal acarretasse nenhuma consequência nefasta para as partes, cfr. exemplo 1.1., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 175.

²⁴⁸ Neste sentido, os exemplos 1.5 a 1.10. são ilustrativos de situações, onde o resultado assimétrico não pode ser atribuído à utilização de um instrumento financeiro, ainda que diante de uma dedução com correspondente não inclusão, uma vez que a não inclusão no rendimento tributável do pagamento, efetuado ao abrigo do instrumento financeiro, deve-se às características inerentes ao destinatário do pagamento, e não ao instrumento em si; no exemplo 1.5., a entidade que recebe o pagamento encontra-se isenta, logo a não inclusão do pagamento no rendimento tributável da entidade decorre do Estado do contribuinte. O mesmo sucede quando o destinatário se encontra numa jurisdição onde não existe tributação (exemplo 1.6.); num regime territorial (exemplo 1.7.); quando o destinatário é um EE isento (exemplo 1.8.) ou uma pessoa que detém o instrumento financeiro através de uma conta isenta (exemplo 1.9.). Por outro lado, também a dedutibilidade poderá decorrer da forma legal da entidade que procede ao pagamento através de um instrumento financeiro, tal como um fundo de investimento imobiliário que, em virtude da sua forma legal e dos rendimentos que auferir, beneficia de uma dedução pelos dividendos pagos aos seus investidores (exemplo 1.10.), não propriamente atribuída ao instrumento em si, mas sim ao regime a que se encontra sujeita. Em todas as circunstâncias *supra*, dever-se-á aferir se os resultados seriam igualmente produzidos em condições normais cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 192 a 204.

²⁴⁹ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 41.

²⁵⁰ Porém, são ressalvadas as deduções de determinados pagamentos efetuadas no âmbito do exercício da atividade do contribuinte. Neste sentido, o exemplo 1.26. esclarece que a possibilidade de dedução, pelo seu valor de mercado, dos ativos adquiridos por um contribuinte cuja atividade seja dedicada à compra e alienação de ativos, aquando da alienação dos mesmos, não consubstancia uma dedução suscetível de determinar a existência de um resultado assimétrico uma vez que a mesma decorre da função inerente ao contribuinte, e não das diferenças de tratamento fiscal que incidem sobre o mesmo instrumento financeiro, *vide* exemplo 1.26., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 244. No entanto, já o mesmo não se pode concluir numa situação

situa o ordenante de tais pagamentos, os quais são correspondentemente não incluídos no rendimento tributável do investidor (destinatário do pagamento), em virtude desse pagamento ser interpretado no Estado onde o investidor se situa, como um instrumento de capital, sujeito a uma isenção²⁵¹, a uma isenção parcial²⁵², a uma taxa reduzida²⁵³ ou gerador de um crédito de imposto²⁵⁴ ou alívio fiscal equivalente²⁵⁵. Consequentemente, o pagamento circula entre entidades sem que, para tal, seja sujeito a tributação em nenhuma das jurisdições envolvidas.

Torna-se, assim, fundamental, considerar o tratamento fiscal que seria expectável de se observar no contexto da referida transação, e, concomitantemente, compará-lo ao tratamento fiscal evidenciado. A constatação de uma situação de dupla não tributação, face ao que seria o tratamento expectável, isto é, a tributação em pelo menos uma das jurisdições envolvidas, determina a existência da assimetria.

em que o contribuinte, no exercício da sua atividade de comerciante de ativos, adquire um ativo que mantém, o qual lhe permite deduzir o valor de mercado do ativo à data da aquisição, no momento em que auferir o retorno financeiro do ativo detido, *vide* exemplo 1.28., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 249.

²⁵¹ Neste sentido, exemplo 1.1., já referido na nota de rodapé, que interpreta o pagamento ao nível do destinatário como dividendos, os quais beneficiam de uma isenção.

²⁵² Tal como no exemplo 1.2., onde os dividendos, ao invés do que se observa no exemplo 1.1., onde são isentos na sua totalidade, são aqui sujeitos a uma isenção parcial, sendo sujeitos a imposto em apenas 10% do seu valor, *cfr.* exemplo 1.2., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 178.

²⁵³ Conforme o exemplo 1.3., onde, ao invés do que se observa no exemplo 1.1., os dividendos são sujeitos a uma taxa reduzida de 4%, *cfr.* exemplo 1.3., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 182.

²⁵⁴ Segundo o exemplo 1.4., onde, ao invés do que se observa no exemplo 1.1., onde os dividendos beneficiam de uma isenção, na situação em apreço beneficiam de um crédito de imposto, o qual é apostado a uma dedução concedida pela entidade que procede ao pagamento, *cfr.* exemplo 1.4., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 187.

²⁵⁵ O exemplo 1.11. é representativo de uma situação *sui generis*, na qual o resultado assimétrico, contrariamente ao que foi anteriormente estudado, não radica de um conflito de qualificação, mas sim de um conflito entre regimes fiscais, ou seja, entre um regime fiscal que permite à entidade ordenante receber um crédito de imposto sobre os lucros distribuídos, o qual consubstancia, na prática, uma dedução pelos dividendos pagos à sociedade-mãe, responsável pela redução da sua base tributária, ao passo que o investidor beneficia de um regime de isenção de dividendos. Neste sentido, não existe propriamente um conflito de qualificação, uma vez que se trata de uma distribuição de dividendos, interpretada como tal, quer no país do ordenante, quer no país do investidor. Contudo, o facto dos regimes fiscais aplicados por diferentes Estados resultar na criação de um duplo benefício, neste caso uma dedução (ou seja, um crédito de imposto equivalente a uma dedução) com uma correspondente não inclusão no rendimento tributável torna a situação como enquadrável no conceito de assimetria híbrida. De igual forma pode suceder que o regime vigente no Estado do ordenante concede um reembolso na forma de crédito fiscal à entidade investidora, que, por sua vez, nem é sujeita a tributação no Estado do ordenante, o que lhe permite reclamar um crédito por um imposto não pago, ao passo que ao ordenante é simultaneamente concedido um crédito pelos dividendos distribuídos ao investidor. Em qualquer dos casos, a assimetria aqui denotada assenta numa pura incongruência de resultados, independentemente de não existir nenhum conflito de qualificação sobre o instrumento em si. Tal deve-se ao facto de que, para efeitos conceptuais, o crédito fiscal ser inserido no conceito de dedução, *cfr.* exemplo 1.11., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 205. Para o conceito de dedução no âmbito dos instrumentos financeiros híbridos, *vide* p. 26 do Relatório citado.

III. Já a atribuição do resultado assimétrico ao instrumento financeiro assenta na corroboração de que esse mesmo resultado é alcançado através da diferente caracterização legal que recai sobre o instrumento financeiro à luz do sistema fiscal das jurisdições envolvidas. Porém, diferenças no tratamento fiscal que permitem deduções unicamente atribuídas a diferenças no valor do pagamento, em virtude da aplicação de regras de preços de transferência, a flutuações cambiais²⁵⁶ ou ao valor de notas convertíveis²⁵⁷ não serão, em princípio, propulsionadoras de resultados assimétricos, sempre que não interfiram com a caracterização do instrumento financeiro, a qual deverá ser a mesma em ambos os Estados.

IV. De igual forma, diferenças de *timing* na inclusão dos pagamentos efetuados ao abrigo de instrumentos financeiros não deverão determinar a existência de um instrumento financeiro híbrido, sempre que o pagamento seja considerado dentro de um prazo razoável²⁵⁸, ou seja, dentro de um período tido como normal em condições de plena concorrência.

V. Por fim, os pagamentos efetuados ao abrigo dos termos do instrumento financeiro que determinem o seu vencimento deverão ser também enquadrados na definição de instrumento financeiro híbrido, na medida em que também esses produzam

²⁵⁶ A dedução do valor da flutuação cambial no âmbito de um empréstimo contraído não corresponde a um resultado assimétrico típico de um instrumento financeiro híbrido, uma vez que o empréstimo é qualificado como instrumento de dívida em ambas as jurisdições envolvidas e a dedutibilidade do valor da flutuação cambial não consubstancia uma dedução na aceção do Relatório, cfr. exemplo 1.17, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 223.

²⁵⁷ Diferenças no cálculo do valor de uma nota convertível à luz do sistema fiscal de diferentes jurisdições não interferem na caracterização da nota convertível em si, cuja qualificação se mantém como tal em ambas as jurisdições envolvidas, pelo que não consubstanciam um instrumento financeiro híbrido, cfr. exemplo 1.15., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 219. Todavia, já o mesmo não se pode afirmar de uma nota convertível cuja conversão decorre por opção do investidor e o seu valor é “bifurcado” para efeitos fiscais, observando resultados, ao nível do seu valor, de natureza discrepante. Na presente situação, verifica-se que o pagamento já observa valores distintos, resultantes de uma interpretação distinta oferecida pelas jurisdições envolvidas e, por conseguinte, consubstanciará um instrumento financeiro híbrido, cfr. exemplo 1.16., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 221.

²⁵⁸ Veja-se o exemplo 1.21. onde os termos do empréstimo contraído tornam impossível estabelecer o seu pagamento dentro de um prazo razoável, cfr. exemplo 1.21., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 230. Contudo, o exemplo 1.22. é ilustrativo de uma situação onde o pagamento do empréstimo contraído encontra-se previsto que seja efetuado dentro de um prazo razoável, exemplo 1.22., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 233.

uma dedução, sem que para tal sejam incluídos no rendimento do destinatário. Contudo, já os pagamentos referentes à aquisição do instrumento financeiro em si não serão tidos como híbridos à luz do presente conceito²⁵⁹, bem como o próprio perdão da dívida, não obstante consubstanciarem uma transferência de valor²⁶⁰.

VI. Por sua vez, as transferências híbridas são suscetíveis de produzir os mesmos resultados que os instrumentos financeiros híbridos, razão pela qual são inseridas nesse referido conceito, uma vez que também aqui se verifica um conflito de qualificação resultante dos termos do acordo, assente em diferentes interpretações que recaem sobre a titularidade do ativo que é objeto da transferência.

Cumpra referir que, em algumas situações, a mera compra e venda de ativos pode gerar um conflito relativamente ao momento em que se considera que a transferência desses mesmos ativos foi efetuada, e nada impede que seja considerada em períodos fiscais diferentes, gerando diferentes interpretações a propósito de quem é o titular do ativo²⁶¹. No entanto, a generalidade das transferências tidas como híbridas são normalmente reconduzíveis a acordos de recompra e a empréstimos de títulos, onde os direitos e obrigações das partes são estruturados de forma a que o destinatário da transferência obtenha um retorno de financiamento ou de capital subjacente.

VII. No que respeita aos acordos de recompra, a divergência quanto aos termos do acordo assenta na circunstância de o acordo de recompra consubstanciar, à luz da interpretação dada pela jurisdição onde se encontra a entidade ordenante, um empréstimo que é assegurado através da transferência de ações detidas pelo devedor para a esfera do

²⁵⁹ Nos termos do exemplo 1.19, o empréstimo contraído através do instrumento financeiro híbrido é totalmente pago pelo ordenante pelo seu valor de aquisição, e esse pagamento é tido como um gasto dedutível na esfera do ordenante e não incluído no rendimento do investidor, uma vez tratado como lucro proveniente da alienação da obrigação, cfr. exemplo 1.19, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 227.

²⁶⁰ Neste sentido, vide exemplo 1.20, exemplo 1.20, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 229.

²⁶¹ V. exemplo 1.37, onde ações adquiridas a um terceiro não relacionado geram dividendos na esfera do seu detentor, os quais são posteriormente transferidos para uma afiliada deste último, situada num outro Estado. Tal transferência gera um conflito, uma vez que a titularidade das ações é atribuída à sociedade-mãe, e a transferência desses dividendos para a sua afiliada é interpretada como um pagamento ao abrigo de uma obrigação assumida entre afiliada e sociedade-mãe, o qual é dedutível na esfera desta última, atendendo a diferenças de *timing*. No entanto, a jurisdição da afiliada atribui a titularidade desses dividendos a esta, e sujeita esse rendimento a uma isenção à luz do regime vigente. Na situação em apreço, não é tido como um instrumento financeiro em virtude da dedução requerida pela sociedade-mãe resultar da sua atividade como comerciante de ações, e não propriamente dos termos do instrumento, exemplo 1.37., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 277.

credor. Consequentemente, o retorno financeiro associado a essas ações, isto é, os dividendos auferidos, são interpretados como forma de pagamento do empréstimo contraído e dão lugar a uma dedução no Estado onde se encontra o devedor, bem como são geradores de um crédito de imposto em virtude de serem transferidos para a jurisdição onde o credor se encontra.

Tal sucede em virtude de a jurisdição do devedor interpretar os termos do acordo com base na sua substância económica e atribuir a titularidade económica dos dividendos ao devedor, e pese embora sujeite esses dividendos a tributação, permite também a sua dedução em virtude de os considerar um ativo subjacente ao empréstimo contraído.

Por sua vez, a jurisdição do credor interpreta os termos do acordo à luz da sua forma legal, e atribui a titularidade dos dividendos ao credor, considerando-os um retorno do ativo subjacente, ao mesmo tempo que os sujeita a uma isenção, por força do regime fiscal aí vigente. Neste domínio, trata-se de uma transferência híbrida, uma vez que o conflito recai sobre os termos em que o acordo é concebido, e resulta na atribuição da titularidade dos ativos a diferentes contribuintes, com as respetivas consequências fiscais acima descritas²⁶². Situação semelhante ocorrem no domínio dos empréstimos de títulos²⁶³.

Desta forma, as transferências híbridas são tidas por uma subcategoria de instrumento financeiro uma vez que, em substância, se traduzem em instrumentos financeiros e não em transferências de ativos, que são subsequentemente sujeitas a tratamentos fiscais distintos²⁶⁴.

VIII. O exercício qualificativo de um instrumento financeiro como híbrido consubstancia uma questão jurídica, cuja análise deverá assentar na caracterização do instrumento financeiro, bem como no seu montante e no *timing* do pagamento efetuado através deste.

De seguida, será necessário ter em consideração o tratamento que seria expectável de se observar a respeito desse pagamento na outra jurisdição, e, bem assim,

²⁶² V. exemplo 1.31., exemplo 1.31, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 256.

²⁶³ V. exemplos 1.32, 1.33, 1.34, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 261 a 271.

²⁶⁴ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 39.

estabelecer uma comparação com o tratamento a que o pagamento foi sujeito nas jurisdições onde circula.

Tal significa que se afigura fundamental perceber de que forma é que foi tributado nessas jurisdições. Caso se verifique que o pagamento produziu um resultado assimétrico, nomeadamente uma dedução com correspondente não inclusão no rendimento tributável do destinatário, estar-se-á então perante um instrumento financeiro híbrido.

IX. Por sua vez, as partes envolvidas no esquema encontrar-se-ão vinculadas a uma obrigação, através da qual sobre uma delas irá recair o dever de efetuar o pagamento (ordenante), e sobre a outra o direito de receber esse pagamento (investidor). Na eventualidade do beneficiário do pagamento ser sujeito ao regime da transparência fiscal, para além de se afigurar fundamental averiguar se o pagamento foi efetivamente incluído no rendimento tributável numa outra jurisdição, o ónus da prova de que esse pagamento não foi dedutível, na esfera do ordenante, recai sobre o contribuinte beneficiário.

Por forma a neutralizar os resultados produzidos por assimetrias híbridas através da utilização de instrumentos financeiros, a OCDE recomendou a incorporação no Ordenamento Jurídico dos Estados de normas de conexão, também designadas por *linking rules*²⁶⁵. No contexto da presente temática, encontram-se assim previstas três *linking rules* que operam numa lógica não apenas subsidiária, mas também hierárquica.

X. A presente hierarquia deve-se ao facto de constar como entendimento da OCDE que, em grande parte dos casos, a origem da assimetria decorre, não apenas da concessão de deduções e outros tipos de alívios fiscais e benefícios concedidos a determinados pagamentos, que são desta forma dedutíveis na esfera do ordenante, mas também essencialmente da vigência de regimes que garantem benefícios ao nível da tributação de determinados tipos de rendimentos, bem como da coexistência de regimes que concedem créditos de imposto, gerados através de transferências híbridas.

No caso das transferências híbridas, deverá ser negada a concessão do crédito sempre que, por força do conflito de qualificação da operação em si, e a consequente atribuição da titularidade do ativo transferido a contribuintes diferentes, o pagamento da

²⁶⁵ V. *supra* ponto 1 do presente Capítulo.

transferência é gerador de um crédito de imposto partilhado pelas partes que acordaram a transferência.

Já no que respeita à vigência de regimes destinados a eliminar a dupla tributação económica, nomeadamente de dividendos, a sua utilização indevida por determinados contribuintes consubstancia uma estratégia comumente adotada. Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos que permitem confirmar a existência de uma assimetria híbrida, o resultado vê-se assim neutralizado através da recusa do benefício o qual, ao ser concedido, proporciona a assimetria²⁶⁶. Tais benefícios podem corresponder a isenções ou qualquer outro tipo de alívio fiscal (como taxas reduzidas, créditos de imposto) que incidam unicamente sobre dividendos, sendo estes simultaneamente dedutíveis ao nível do seu respetivo ordenante²⁶⁷.

XI. Contudo, nas circunstâncias que não se enquadram no escopo da norma *supra*, é recomendada a introdução de uma norma primária que objetiva neutralizar o resultado no lugar onde é concedida a dedução, isto é, no Estado do ordenante. Diante da produção do resultado D/NI, a dedução deverá ser recusada, na sua totalidade, ou na sua proporção, na eventualidade de corresponder a um pagamento parcialmente excluído do rendimento tributável do destinatário do pagamento, em virtude da sua sujeição a taxas reduzidas, isenções parciais ou créditos de imposto pelo imposto pago sobre dividendos no estrangeiro ou sobre lucros não distribuídos²⁶⁸.

XII. Se porventura se verificar a ausência de ação neutralizadora, por parte do Estado do ordenante, deverá o Estado do destinatário aplicar subsidiariamente a norma

²⁶⁶ Solução incorporada na alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva sociedades mães/afiliadas.

²⁶⁷ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 46.

²⁶⁸ O exemplo 1.2. é ilustrativo de uma isenção parcial de 90% incidente sobre o pagamento dedutível, concedida pelo Estado do destinatário. Note-se que, uma vez estando diante de um pagamento interpretado pelo Estado do destinatário como dividendos, a solução adequada seria a negação de tal isenção parcial, em conformidade com o disposto na primeira recomendação. No entanto, e apenas para efeitos exemplificativos da presente questão, consideremos que se trata de um pagamento de outra índole. Tal pagamento seria apenas considerado, para efeitos tributários, em apenas 10% do seu valor, no Estado do seu destinatário, sendo totalmente dedutível no Estado do ordenante. Tal significa que existe uma parcela correspondente a 90% desse montante que não foi sujeita a tributação, nem no Estado do destinatário, nem tampouco no Estado do ordenante. Consequentemente, o montante de dedução deverá ser reduzido em proporção ao montante tributado no outro Estado, pelo que, na situação em apreço, a dedução apenas deverá ser concedida em 10% do valor associado ao pagamento, neste sentido, *vide* também exemplo 1.3. e 1.4., referentes a taxas reduzidas e créditos de imposto, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 178 a 191.

secundária, ou seja, incluir o pagamento, dedutível na outra jurisdição, no rendimento tributável do contribuinte que configura o seu correspondente beneficiário.

XIII. As normas recomendadas apenas se destinam a neutralizar os resultados de pagamentos que produzam uma dedução com correspondente não inclusão no rendimento tributável do seu destinatário, necessariamente atribuídos a assimetrias provenientes dos termos em que o instrumento financeiro foi concebido. Tal significa que as assimetrias geradas em virtude das diferenças de tratamento que recaem sobre o contribuinte e o seu estado para efeitos fiscais, ou das circunstâncias em que o instrumento seja detido, não serão objeto de neutralização através das presentes normas.

Ressalvam-se as situações em que seja possível provar que os termos do instrumento financeiro ainda assim seriam suficientes para produzir os efeitos da assimetria híbrida²⁶⁹. Para efeitos da presente análise, a assimetria será evidenciada através do escrutínio, por parte das administrações tributárias, não apenas dos termos contratuais do instrumento, mas também do tratamento a que se encontra sujeito nas jurisdições envolvidas, o que implica um estudo das normas de natureza fiscal, societária e contabilística aí vigentes²⁷⁰.

XIV. Pode ocorrer que certos pagamentos que dão origem a resultados D/NI sejam incluídos no rendimento a ser sujeito a normas CFC. Por forma a evitar uma situação de dupla tributação, a interação das normas anti-híbridos no domínio dos instrumentos dever-se-á dar de forma a garantir que os pagamentos sejam tributados apenas uma vez.

²⁶⁹ Conforme o exemplo 1.5., onde o pagamento de juros dedutível na jurisdição do ordenante é efetuado a um fundo soberano, o qual se encontra isento na jurisdição onde se encontra estabelecido. A circunstância de estarmos perante um resultado D/NI em virtude do destinatário do pagamento ser uma entidade isenta para efeitos fiscais, exclui a aplicação das normas recomendadas, uma vez que, em princípio, o resultado não poderá ser atribuído aos termos em que o instrumento de dívida foi concebido e ao tratamento em que é sujeito nas jurisdições envolvidas, mas sim ao Estado do contribuinte. No entanto, se, no âmbito de uma operação entre contribuintes regularmente sujeitos a tributação, o resultado da assimetria ainda assim seria produzido, em virtude do tratamento que recai sobre o instrumento financeiro, as normas deverão ser igualmente ser aplicadas. Note-se que, na presente situação, apenas a aplicação da norma primária se torna possível, uma vez que, dado estarmos perante uma entidade isenta, o Estado onde o fundo se encontra estabelecido encontra-se impedido de incluir o pagamento no rendimento do fundo, *vide* exemplo 1.5. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 43 e 192.

²⁷⁰ Félix Daniel Martínez Laguna “Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain”, *Intertax*, Volume 44, Issue 6 & 7, June/July 2016, p. 449.

Para o efeito, o contribuinte deverá demonstrar que o pagamento irá ser incluído no rendimento por força da aplicação de uma norma CFC a que se encontra sujeito. Desta forma, e na medida em que não consista num pagamento que beneficia de um crédito de imposto, se encontre sujeito a uma taxa reduzida, não seja aposto a nenhuma dedução ou integrado numa assimetria híbrida importada, pode o pagamento manter-se isento até à aplicação da norma CFC, ou deixar de ser incluído no rendimento tributável, na eventualidade de já ter sido sujeito a tributação ao abrigo de um regime CFC vigente.

Trata-se de uma questão delicada, cuja complexidade leva alguns autores a considerar que situações de dupla tributação são impossíveis de evitar no presente contexto. Com efeito, CHRISTIAN KAHLENBERG denota que a interação entre normas CFC e normas anti-híbridos apenas poderia ser devidamente concretizada diante de um cenário de sobreposição de períodos fiscais. Contudo, segundo o autor, a circunstância de serem aplicadas em períodos diferentes dificulta em muito a sua regular aplicação e não será assim suficiente para prevenir a existência de situações de dupla tributação²⁷¹.

XV. As normas *supra* visam abranger assimetrias híbridas geradas por contribuintes que sejam partes num entendimento estruturado ou membros de um grupo controlado.

3.2. ENTIDADES HÍBRIDAS

O conflito de qualificação de natureza subjetiva que recai sobre determinadas entidades, é responsável por lhes conferir um carácter híbrido em virtude da sobreposição de diferentes critérios qualificativos relacionados com questões de transparência e de residência. As diferentes qualificações e interpretações adotadas pelas jurisdições onde operam, culminam com um tratamento divergente da entidade para efeitos fiscais, sendo a situação fiscal aproveitada de modo a que os pagamentos que recebem ou emitem não sejam sujeitos a tributação em nenhuma das jurisdições por onde circulam.

Em consequência do tratamento fiscal divergente que recai sobre a entidade, os pagamentos que por estas circulam (emitidos ou recebidos) são assim desconsiderados para efeitos fiscais, dedutíveis e correspondentemente não incluídos no rendimento tributável, ou duplamente dedutíveis.

²⁷¹ Christian Kahlenberg “The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures”, *Intertax*, Volume 44, Issue 4, April 2016, p. 320.

Sugere-se assim uma construção dogmática suscetível de contribuir para o preenchimento do conceito de entidades híbridas, por via da sua subdivisão em entidades transparentes, entidades inversas e entidades duplamente residentes.

3.2.1. ENTIDADES TRANSPARENTES

I. No domínio da tributação de sociedades, os critérios normalmente adotados pelos Estados para a determinação da forma legal da entidade, e, bem assim, do seu tratamento fiscal, tendem a oscilar entre classificações que culminam com a qualificação da entidade como uma sociedade, a qual consubstancia uma entidade separada e sujeita a tributação pelos seus lucros, ou como uma entidade transparente (podendo assumir a forma de uma parceria, fundo de investimento, um *trust*, entre outro tipo de estruturas).

A particularidade de uma entidade ser sujeita ao regime da transparência fiscal, traduz-se na circunstância da entidade em si não ser tida como um contribuinte, e nos seus respetivos lucros imputados e tributados diretamente na esfera dos seus parceiros, beneficiários ou investidores, não sendo a sociedade, em si mesma, sujeito passivo de imposto sobre as sociedades.

É certo que alguns regimes de transparência fiscal preveem que, ainda que os lucros não sejam sujeitos a tributação, a sua distribuição seja tributada, tendo por referência a taxa em vigor no Estado do respetivo investidor²⁷². Contudo, na maior parte dos casos, os regimes da transparência fiscal partem do pressuposto que o rendimento auferido pela entidade transparente irá ser tributado diretamente na esfera dos investidores, o que, num contexto de operações de carácter transfronteiriço, tal nem sempre sucede²⁷³.

Com efeito, as estruturas societárias estão sujeitas ao escrutínio dos Estados onde operam, que fazem uso de diferentes critérios de modo a qualificarem as entidades detidas no estrangeiro. Neste sentido, alguns Estados classificam as entidades detidas no exterior em função da sua semelhança com as formas legais previstas a nível interno (sem que, para tal seja tida em consideração a classificação dada pelo Estado onde a entidade se encontra situada).

²⁷² Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 59 e 60.

²⁷³ Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 64.

Porém, outros Estados recorrem a critérios de classificação fixos, e outros ainda fazem uso de sistemas de qualificação eletivos (como é o caso do sistema americano *check-the-box*), através dos quais é conferida, ao contribuinte, a possibilidade de eleger o regime fiscal a que se pretende submeter²⁷⁴. Naturalmente que a coexistência de critérios de qualificação oferecidos por diferentes Estados não raro conduz a conflitos de qualificação que fazem com que a mesma entidade seja objeto de diferentes qualificações, aquando sujeita aos critérios de dois ou mais Estados. Consequentemente, a mesma entidade pode ser simultaneamente classificada como transparente, à luz da interpretação dada por um Estado, e como sujeito passivo de imposto, à luz da interpretação dada por outro Estado.

Contudo, trata-se de uma questão que já outrora havia sido analisada no âmbito do *Partnership Report*²⁷⁵, um relatório elaborado pela OCDE que despertou a atenção para questões relacionadas com a classificação de parcerias e conflitos de qualificação que lhes são inerentes.

No entanto, enquanto tais trabalhos alertavam para a existência de situações de dupla tributação originadas por tais conflitos, o objetivo atual prende-se com a neutralização dos resultados de dupla não tributação causados pela divergente aplicação de critérios que geram um conflito quanto à transparência/opacidade da entidade. E é justamente sobre essa temática que nos iremos debruçar.

II. No que respeita às entidades híbridas *transparentes* - advindo o seu carácter híbrido da sua classificação simultânea, por parte de duas jurisdições, como entidade transparente e entidade opaca (sujeita a imposto) - o conceito de *transparentes* decorre do facto de serem classificadas como sociedades opacas na jurisdição onde se encontram situadas e, paralelamente, transparentes à luz da classificação dada pelo Estado onde se encontra uma outra sociedade com a qual mantém qualquer tipo de operação.

Desta forma, dado o facto de ser desconsiderada como sujeito passivo na jurisdição da contraparte na assimetria, os pagamentos efetuados a essa contraparte não

²⁷⁴ Neste sentido, Marlous Verhoog/Almut Breuer, “Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties”, *Intertax*, Volume 44, Issue 8 & 9, September 2016, p. 685 e Christian Kahlenberg “Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief – Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?”, *Intertax*, Volume 44, Issue 2, February 2016, p. 148.

²⁷⁵ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD Publishing, 1999, disponível em <http://www.oecd.org>.

se encontram sujeitos a nenhuma consequência fiscal, uma vez que a sociedade não existe, para efeitos fiscais, nessa última jurisdição.

III. Consequentemente, os pagamentos efetuados por entidades transparentes permitem que os mesmos sejam desconsiderados na jurisdição do seu destinatário, ao passo que simultaneamente dedutíveis na esfera da entidade transparente (D/NI), ou então duplamente dedutíveis, tanto na jurisdição da entidade transparente, como na jurisdição do seu destinatário (D/D), e constam como resultados deliberadamente obtidos por via da inserção de entidades transparentes em estruturas orientadas para produção de assimetrias híbridas. Neste domínio, é em virtude do tratamento fiscal a que se encontra sujeita a entidade que procede ao pagamento que a produção dos resultados *supra* se torna exequível.

IV. No que respeita aos pagamentos desconsiderados, estes são objeto de desconsideração e, bem assim, isentos de quaisquer consequências fiscais no Estado onde se encontra o seu beneficiário, em virtude do conflito de qualificação que recai sobre a entidade que efetua esse mesmo pagamento: uma vez tida como transparente à luz dos critérios de classificação do Estado do beneficiário, o pagamento não é interpretado como proveniente dessa mesma entidade, uma vez que a mesma não existe para efeitos fiscais nessa jurisdição.

Já na jurisdição onde esta última se encontra sediada, a sua classificação como entidade sujeita a imposto sobre os lucros, garante-lhe a possibilidade de deduzir esse pagamento, que não observa assim nenhuma tributação pelas jurisdições por onde circula²⁷⁶. Note-se que, neste domínio, os pagamentos que dão lugar a uma dedução na esfera da entidade híbrida correspondem geralmente a pagamentos associados a serviços, juros, *royalties*, rendas, bem como outro tipo de montantes suscetíveis de serem

²⁷⁶ Neste sentido, o exemplo 3.1. é ilustrativo de um esquema envolvendo uma entidade híbrida (B Co.). A entidade é híbrida, pese embora seja sujeita a tributação no Estado onde se encontra situada, é considerada transparente à luz da jurisdição do Estado onde se situa a sua sociedade-mãe. Por conseguinte, o pagamento de juros proveniente de um empréstimo contraído à sociedade-mãe é deduzido do lucro tributável da entidade híbrida na jurisdição onde esta última se encontra sediada, e não é incluído no rendimento tributável da sociedade-mãe, uma vez desconsiderado para efeitos fiscais em virtude do Estado da sociedade-mãe também desconsiderar, para efeitos fiscais, a sociedade que o emitiu *vide* exemplo 3.1., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 288.

deduzidos do rendimento tributável aquando da sua realização, excetuando-se amortizações e depreciações²⁷⁷.

V. Porém, a utilização de entidades híbridas, tendo em vista o conflito respeitante a questões relacionadas com a sua transparência/opacidade, torna também suscetível a produção de duplas deduções através da realização, por parte da entidade transparente, de um único pagamento. À semelhança do que sucede nas situações em que pagamento efetuado por uma entidade transparente é deduzido na sua esfera e correspondentemente não incluído no rendimento tributável do destinatário, também aqui os pagamentos passíveis de despoletarem uma dupla dedução em jurisdições distintas correspondem geralmente a pagamentos associados a serviços, juros, *royalties*, rendas, bem como outro tipo de montantes suscetíveis de serem deduzidos do rendimento tributável aquando da sua realização, sendo que, neste domínio, também é possível que a dupla dedução seja provocada por amortizações e depreciações que são garantidas em ambos os Estados, por referência ao mesmo ativo (contrariamente às situações de D/NI, onde este tipo de gastos e despesas se encontram excluídos)²⁷⁸.

Em razão do conflito que recai sobre a entidade ordenante, tratada fiscalmente, na jurisdição onde se encontra sediada como uma sociedade sujeita, e não isenta, de imposto sobre os lucros, porém tida como transparente à luz da jurisdição onde se encontra o seu investidor (que será o beneficiário do pagamento), os pagamentos associados a despesas, declarados por essa entidade, são deduzidos do seu rendimento tributável, uma vez considerada uma sociedade para efeitos fiscais. No entanto, esses mesmos pagamentos são simultaneamente deduzidos do rendimento tributável do seu investidor, em virtude do tratamento fiscal que recai sobre a entidade ordenante, à luz da interpretação dada pelo Estado do investidor²⁷⁹.

²⁷⁷ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 51.

²⁷⁸ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 70.

²⁷⁹ Como é o caso ilustrado no exemplo 6.1., onde uma entidade híbrida é fiscalmente tratada como uma sociedade no Estado onde se encontra sediada, e transparente no Estado da sua sociedade-mãe. Consequentemente, o pagamento de juros por via de um empréstimo contraído a um banco, bem como a depreciação associada a um ativo detido, são ambos deduzidos do seu rendimento tributável no Estado onde se encontra. No entanto, esses mesmos valores são também deduzidos do rendimento tributável da sociedade-mãe, uma vez que a entidade que emite o pagamento de juros e declara a depreciação não existe para efeitos fiscais no Estado da sua sociedade-mãe. Por conseguinte, tratam-se de despesas que são diretamente imputadas à sociedade-mãe e tributadas como tal, *vide* exemplo 6.1., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 310.

A verificação das circunstâncias em que pagamento, gasto ou despesa é dedutível em várias jurisdições implica necessariamente uma análise das particularidades inerentes a esses valores bem como do seu respetivo tratamento fiscal à luz das normas aplicáveis nas jurisdições envolvidas. Tal consubstancia, em sua essência, uma questão jurídica, assente na comparação de tratamento, tendo por base a legislação aplicável a esse pagamento, despesa ou gasto, por forma a determinar se a dupla dedução foi concedida por referência às mesmas circunstâncias ou na mesma base. Neste sentido, a classificação atribuída ao pagamento, despesa ou gasto em si não é tão significativa face à identificação do motivo ao qual se deve a dedução²⁸⁰.

VI. Em ambas as situações em que entidades transparentes são utilizadas com vista à estruturação de esquemas orientados para a produção de assimetrias (sejam D/NI ou D/D), a assimetria apenas terá lugar na medida em que a dedução é aposta a rendimento que não foi incluído no rendimento tributável das entidades envolvidas no esquema, as quais se encontram situadas em jurisdições distintas. Desta forma, a dedutibilidade das despesas, pagamentos ou gastos face a rendimento duplamente incluído no rendimento tributável em ambos os Estados não dará lugar, em princípio, a uma dedução com correspondente não inclusão no rendimento ou a uma dupla dedução, uma vez que existe uma parcela do rendimento que se encontra sempre sujeita a tributação em ambas as jurisdições, inexistindo assim a verificação de um resultado assimétrico.

VII. Cumpre referir que muitas vezes os resultados acima descritos são potencializados em virtude da utilização de regimes de consolidação fiscal, que proporcionam que as deduções sejam aproveitadas não apenas pela entidade híbrida, mas

²⁸⁰ Neste sentido, o exemplo 6.3. demonstra a existência de uma dedução incorrida no Estado onde se situa a entidade híbrida (sujeita ao regime da transparência fiscal no Estado da sua sociedade-mãe, sendo tratada fiscalmente como uma sociedade sujeita a imposto no Estado onde se situa), dedução esta correspondente a despesas associadas ao pagamento do salário do único trabalhador que essa entidade híbrida contratou. O trabalhador auferiu um salário que consubstancia os dividendos provenientes do investimento da entidade híbrida numa outra sociedade situada no mesmo Estado. Por sua vez, esse mesmo salário é dedutível na esfera da sociedade-mãe, a título de remuneração. Com efeito, a circunstância de um Estado classificar a despesa dedutível como salário, enquanto o outro a classifica como remuneração, é irrelevante na determinação da existência de um resultado D/D atribuível a uma assimetria proveniente do tratamento que recai sobre a entidade que deduz a despesa, uma vez que ambas consubstanciam despesas associadas a contratação. O mesmo ocorreria ainda que existisse uma divergência de classificação que atribuisse a essa despesa a qualidade de subsídio de deslocação, alimentação, entre outras, uma vez que, em essência, todos são reconduzíveis a despesas incorridas no contexto de um vínculo laboral, *vide* exemplo 6.3., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 320.

também por outras entidades que são membros do mesmo grupo consolidado para efeitos fiscais²⁸¹.

Por outro lado, o simples facto de fazerem uso de regimes de consolidação cujas características permitem que os pagamentos intra-grupo não sejam sujeitos a tributação, garantem que, num contexto de operações transfronteiriças, muitos destes sejam dedutíveis na esfera do ordenante (cuja dedução é aproveitada por outros membros do grupo consolidado em que se encontra integrado) e correspondentemente não incluídos no rendimento do destinatário, uma vez tidos como uma transação intra grupo isenta.

Nestas circunstâncias, consideramos que não estamos diante de uma assimetria híbrida provocada pelas discrepâncias de tratamento das entidades que emitem o pagamento, mas sim resultantes da interação de normas que regulam o tratamento fiscal dos regimes de consolidação²⁸².

VIII. As *linking rules* recomendadas para entidades híbridas em virtude da sua transparência/opacidade, encontram-se devidamente estruturadas em função dos resultados das assimetrias híbridas provocadas pelas referidas entidades, bem como o tipo de estruturas em que são incorporadas.

Consequentemente, as assimetrias híbridas cujos resultados correspondem a deduções com correspondente não inclusão no rendimento tributável observam normas que apresentam uma dinâmica distinta das normas desenhadas para neutralizar as assimetrias geradoras de duplas deduções, pese embora ambas partilhem da mesma lógica de aplicação subsidiária (norma primária e norma secundária).

IX. O primeiro conjunto de normas recomendadas visa neutralizar os resultados D/NI produzidos por assimetrias híbridas provocadas por entidades híbridas transparentes. Para tal, é condição essencial que o referido resultado produzido seja alcançado em razão do tratamento fiscal discrepante a que a entidade ordenante se encontra sujeita no Estado do destinatário do pagamento. Por sua vez, esse pagamento, o qual é dedutível na esfera do ordenante, terá necessariamente de consistir numa dedução

²⁸¹ Vide exemplos 6.1., 6.4. e 6.5., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 320 a 335.

²⁸² Para uma melhor compreensão do esquema enunciado, vide exemplo 3.2., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 293.

aposta a rendimento que não é incluído no rendimento tributável em nenhuma das jurisdições envolvidas.

Consequentemente, a norma primária exige que o Estado da entidade ordenante (ou seja, da entidade híbrida por questões de transparência/opacidade que emite o pagamento) recuse a dedução do pagamento na sua esfera. Contudo, o montante da dedução que exceda o montante do rendimento sujeito a tributação, em ambos os Estados, pode ser aproveitado para ser deduzido num período fiscal superveniente, na medida em que seja deduzido de rendimento duplamente incluído. Esta solução objetiva assim prevenir situações em que a dedução não foi aposta a rendimento sujeito a tributação em ambos os Estados por questões de *timing* dos respetivos pagamentos, e da sua subsequente consideração para efeitos fiscais em períodos fiscais posteriores²⁸³.

Por sua vez, a norma defensiva aplicar-se-á na eventualidade do Estado da entidade ordenante não recusar a dedução do pagamento. Por conseguinte, ao Estado do destinatário incumbe o dever de introduzir esse mesmo pagamento, dedutível na esfera do ordenante, no cálculo do rendimento tributável do seu destinatário.

Tais normas objetivam aplicar-se no contexto de entendimentos estruturados e grupos controlados.

X. Já o segundo conjunto de normas recomendadas, orientado para a neutralização de resultados D/D, tem por norma primária a restrição do montante a ser duplamente deduzido, por parte do Estado da sociedade-mãe, em função do rendimento que é duplamente incluído ao abrigo da legislação das jurisdições envolvidas. Note-se que a presente norma não apresenta um âmbito subjetivo limitado a esquemas realizados no contexto de entendimentos estruturados e grupos controlados, contrariamente a todas normas ora recomendadas, observando um escopo ilimitado.

Quanto à norma secundária, esta atua na eventualidade da norma primária não ser aplicada pelo Estado da sociedade-mãe, e visa correspondentemente recusar a dedução do pagamento, dedutível na esfera da sociedade-mãe, ao nível da entidade ordenante.

Ambas as normas primária e secundária não deverão ser aplicadas, sempre que seja possível provar que a dedução não foi aposta a rendimento que não foi incluído no rendimento tributável, tanto no Estado da entidade híbrida, como no Estado da sociedade-mãe, relevando, para o efeito, e à semelhança do grupo de normas anteriormente

²⁸³ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 50.

considerado, as diferenças de *timing* suscetíveis de apor a dedução a rendimento duplamente incluído em ambas as jurisdições em períodos fiscais supervenientes. Mais acresce que, de forma a evitar a inutilização de montantes dedutíveis, em razão da inexistência de rendimento a que sejam suscetíveis de ser apostas, seja por motivos de praticabilidade ou de índole comercial, é permitido que esse montante seja deduzido de rendimento não duplamente incluído em ambos os Estados. Contudo, incumbirá ao contribuinte provar, para o devido efeito, que à dedução desse pagamento, despesa ou gasto não existe uma outra correspondente dedução noutra Estado²⁸⁴.

Em conformidade com as medidas anteriormente propostas, o valor da dedução que exceda o valor do rendimento duplamente incluído em ambos os Estados poderá ser compensado a rendimento duplamente incluído, em períodos fiscais subsequentes.

3.2.2. ENTIDADES HÍBRIDAS INVERSAS (*REVERSE HYBRIDS*)

I. As entidades híbridas inversas consubstanciam uma derivação das entidades transparentes, uma vez que é também com base no conflito transparência/opacidade que as mesmas são aproveitadas com vista à produção de resultados assimétricos.

No entanto, contrariamente às entidades transparentes, cujo conflito de qualificação radica da circunstância da entidade ser considerada transparente no Estado do destinatário do pagamento, as presentes entidades híbridas são classificadas como transparentes no próprio Estado onde se encontram estabelecidas²⁸⁵, e, por sua vez, como uma sociedade sujeita a imposto sobre os lucros, no Estado do destinatário do investidor (daí o nomenclatura de inversas, uma vez que observam uma lógica inversa à das entidades transparentes por excelência).

II. Desta forma, uma entidade será tida como híbrida inversa na medida em que o pagamento efetuado a esta será imputado, não à entidade em si, mas sim ao seu investidor, nos termos da interpretação dada pelo Estado onde se encontra estabelecida.

²⁸⁴ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 73.

²⁸⁵ Por estabelecida entenda-se, o local onde se encontram formalmente incorporadas ou registadas. No caso de entidades cuja criação se afigura desprovida de grandes formalidades, tais como parcerias e *trusts*, a jurisdição de estabelecimento será aquela onde foi criada, ou então onde se situam os seus investidores, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 59.

Consequentemente, a presente entidade atua como um “intermediário” para o pagamento que por ela circula, o qual é tratado como se fosse efetuado diretamente ao investidor, à luz da interpretação dada pelo Estado onde se encontra, dada a sua sujeição ao regime da transparência fiscal. Contudo, da perspectiva do Estado do investidor, a entidade híbrida é tida como opaca, e esse conflito qualificativo assente na diferente atribuição do pagamento tem por efeito o consequente desvio desse pagamento às normas tributárias no Estado do investidor.

III. O pagamento que tem por destinatário a entidade híbrida inversa torna-se assim dedutível²⁸⁶ na esfera do seu respetivo ordenante, não sendo tributado na esfera da entidade, uma vez atribuído a outra entidade em virtude da sua transparência, e correspondentemente não incluído no rendimento tributável do investidor em razão do conflito de atribuição, gerado através da interposição da entidade inversa no esquema.

Esses mesmos resultados apenas poderão ser atribuídos a uma assimetria híbrida na medida em que, após verificado o tratamento fiscal a que o pagamento se encontra sujeito, ao longo das jurisdições por onde circula, seja possível concluir que tais resultados não haveriam sido produzidos, na eventualidade de o pagamento ser diretamente efetuado ao investidor²⁸⁷.

IV. Uma vez provada que é com base na interposição da entidade inversa que os resultados assimétricos são produzidos, deverão ser aplicadas as normas neutralizadoras dos seus respetivos efeitos.

V. As primeiras recomendações a serem implementadas em primeiro lugar dizem respeito à alteração de regimes de investimento em *offshores*, através da inserção de normas que imponham inclusão no rendimento de categorias de rendimentos que tenham sido alocadas ao investidor através da utilização de um esquema híbrido com

²⁸⁶ E, por dedutível, entenda-se neste domínio pagamentos de juros, serviços, *royalties*, rendas, entre outros, excluídas apreciações, amortizações e custos de aquisições de ativos, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 56.

²⁸⁷ Veja-se o exemplo 4.1., onde uma entidade híbrida inversa auferi juros de uma entidade não relacionada que são atribuídos ao investidor em virtude de ser considerada transparente no Estado onde se situa. O pagamento de juros é dedutível na esfera do seu ordenante e não incluído no rendimento tributável do investidor, uma vez que o investidor se encontra isento. Na presente situação, ainda que o pagamento de juros fosse diretamente efetuado ao investidor, o mesmo não seria tributado na sua esfera pelo que a assimetria gerada não sucede em virtude da interposição da entidade inversa, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 299.

recurso a uma entidade inversa (o que naturalmente implica conhecer, em primeiro lugar, o tratamento fiscal que recai sobre a entidade inversa no Estado onde esta se encontra situada).

VI. Seguidamente, estando os regimes de transparência fiscal na origem da existência de assimetrias, uma vez que consistem em regimes que procedem à alocação do rendimento a outros destinatários, e que, muitas vezes, trata-se de rendimento não submetido a tributação na esfera do destinatário, foi assim recomendado aos Estados que a sujeição a um regime de transparência fiscal por parte de entidade cujos investidores sejam não residentes fosse condicionada pela comprovação de que os rendimentos, auferidos por essa entidade, e que são alocados para o investidor, são efetivamente sujeitos a tributação no Estado onde este último se situa²⁸⁸. Acresce que a impossibilidade de demonstração de tal circunstância deverá ter por consequência a sujeição da entidade ao regime fiscal típico das sociedades.

VII. Por fim, é essencial que o controlo seja efetuado através do reforço do dever de colaboração do contribuinte, mediante a exigência de preenchimento de declarações das quais seja possível retirar a informação relevante para efeitos de determinação do tratamento fiscal a que se encontram sujeitos os pagamentos que circulam por esses contribuintes.

VIII. No entanto, ainda assim é recomendada uma *linking rule* por forma a neutralizar os efeitos das assimetrias, na eventualidade das medidas acima mencionadas se revelarem insuficientes.

Deverá assim ser negada a dedução no Estado da entidade ordenante, uma vez comprovados os respetivos resultados D/NI, sendo dada ao contribuinte a faculdade de demonstrar que o pagamento foi alocado para uma jurisdição, onde aí foi submetido a tributação efetiva por aplicação de uma taxa marginal. O mesmo se aplica na eventualidade desse rendimento ter sido incluído ao abrigo de legislação CFC num outro Estado²⁸⁹.

²⁸⁸ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 64.

²⁸⁹ Neste sentido, *vide exemplo 4.3.*, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 305.

A norma *supra* deverá ser aplicada apenas a situações onde o investidor, o ordenante e a entidade híbrida inversa integram o mesmo grupo controlado ou figuram como parte de um entendimento estruturado.

3.2.3. ENTIDADES DUPLAMENTE RESIDENTES

I. A sobreposição de diferentes critérios de qualificação da residência para efeitos fiscais é suscetível de culminar com divergências quanto à residência fiscal do contribuinte. Tais divergências de política fiscal podem resultar em conflitos de residência *negativos*, sempre que o mesmo contribuinte não seja considerado residente fiscal de nenhum Estado, ou conflitos de residência *positivos*, quando considerado residente fiscal em mais que um Estado.

As presentes assimetrias híbridas decorrem da existência de conflitos de natureza *positiva*, e é a qualidade de residente que o contribuinte beneficia que lhe permite reduzir a sua base tributária em ambos os países onde é considerado como tal. A redução da sua base tributária opera através de pagamentos que são tidos como dedutíveis em ambas as jurisdições. O carácter híbrido das entidades aqui consideradas radica assim da divergência de critérios de residência, que resultam na sua qualificação como residente em duas jurisdições.

II. À semelhança das assimetrias híbridas que produzem resultados D/D através de entidades transparentes, também neste contexto o resultado aqui produzido é despoletado através da realização de um único pagamento, o qual será compensado a rendimento que não é duplamente incluído em ambos os Estados. Para tal será necessário apurar o tratamento fiscal a que se encontra sujeito nas jurisdições onde é residente²⁹⁰.

A dupla dedução será evidenciada no momento em que a despesa é incorrida, não sendo aqui relevantes as diferenças de *timing* ou de quantificação da dedução²⁹¹.

²⁹⁰ Note-se que o contribuinte será duplamente residente na medida em que for considerado residente fiscal em duas jurisdições distintas ou sujeito, em ambas as jurisdições, a tributação pelo rendimento global, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 80.

²⁹¹ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 79.

Os pagamentos dedutíveis correspondem geralmente a gastos e despesas associados a juros, *royalties*, serviços, rendas, estando também incluídas depreciações e amortizações²⁹².

III. A solução recomendada traduz-se simplesmente na recusa, por parte do Estado onde o contribuinte é qualificado como residente, da dedução duplamente aproveitada. Uma vez que o contribuinte é considerado residente em duas jurisdições distintas, ambas deverão recusar a dedução do pagamento, na medida em que a dedução seja aposta a rendimento não incluído no rendimento tributável dessas jurisdições. Tal deve-se ao facto de, em situações de conflitos de residência, não ser possível autonomizar a figura da entidade ordenante. Desta forma, recomenda-se assim que ambas as jurisdições recusem a sua respetiva dedução, permitindo que o excesso de dedução seja utilizado em períodos fiscais subsequentes, na condição de ser compensado a rendimento duplamente incluído.

Pese embora se trate de uma solução que potencializa situações de dupla tributação, sempre que ambas as jurisdições despoletem simultaneamente a aplicação dessa mesma norma, a OCDE considerou que a mesma consistia na solução mais viável, dada a dificuldade em estabelecer uma hierarquia de normas na presente situação.

3.3. ASSIMETRIAS IMPORTADAS

I. As assimetrias importadas²⁹³ consistem numa categoria de assimetrias de natureza derivada face às restantes categorias de híbridos, uma vez que partem da existência de uma assimetria já pré-concebida, cujos resultados serão “importados” para outro Estado e, neste sentido, aproveitados por outro contribuinte aí situado. Consequentemente, os efeitos provocados pela assimetria híbrida estender-se-ão a outras jurisdições para além das jurisdições envolvidas no esquema inicial através dessa mesma importação.

²⁹² O exemplo 7.1. demonstra uma dupla dedução alcançada através de uma entidade residente não só no Estado da sua sociedade-mãe, como também num outro Estado. No referido exemplo, a entidade contrai um empréstimo a um banco que é dedutível em ambos os Estados, e aproveitada pela sociedade-mãe da entidade em virtude de serem consolidadas para efeitos fiscais no Estado onde se encontra sediada, *vide* exemplo 7.1., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 336.

²⁹³ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 83 e ss.

Tratam-se de assimetrias de natureza derivada, uma vez que são representativas de um esquema o qual, por si só, seria insuficiente para a concretização dos resultados obtidos por assimetrias híbridas. Não obstante, para efeitos de dogmática, apresentem autonomia face às restantes assimetrias, já em termos de conteúdo, nada acrescentam às figuras anteriormente estudadas, porquanto que dependem da anterior constituição de assimetrias híbridas, nos moldes já anteriormente estudados, por forma a produzirem os resultados pretendidos. Daí a sua inserção sistemática como a última das assimetrias contempladas, dada a necessária compreensão das figuras híbridas que servem de base ao presente esquema.

II. Desta forma, uma assimetria importada terá sempre como base um pagamento dedutível na esfera do seu ordenante que, pese embora seja incluído na esfera do respetivo destinatário, situado numa outra jurisdição, consiste num valor que é aposto, direta ou indiretamente (neste último caso, através de uma entidade interposta) a uma dedução híbrida que esse mesmo destinatário produz ao abrigo de um outro esquema híbrido que ingressou (o qual pode assumir a forma de qualquer um dos esquemas previamente estudados e responsáveis por gerar resultados D/NI ou D/D).

Consequentemente, nenhuma das operações *supra* é sujeita a tributação uma vez que: a) o pagamento ao abrigo da assimetria importada é dedutível na esfera do seu ordenante, mas incluído no rendimento tributável do seu destinatário; b) por outro lado, o destinatário não sofre nenhum incremento do valor do seu rendimento tributável uma vez que, não obstante o pagamento ser efetivamente considerado para efeitos fiscais, é anulado por uma dedução que é por si reclamada ao abrigo de um esquema híbrido já existente, e c) a essa dedução, ao fazer parte de um esquema híbrido, encontra-se associada uma correspondente não inclusão no rendimento tributável num outro Estado, ou uma dupla dedução, em conformidade com os resultados e figuras anteriormente analisados.

III. Neste sentido, o exemplo 8.1.²⁹⁴, constante do Relatório Final, é ilustrativo de um esquema onde um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro híbrido circula por uma série de entidades do mesmo grupo, através de empréstimos subsequentemente realizados entre estas. Na presente situação, o pagamento efetuado

²⁹⁴ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 341.

através da assimetria importada é aposto de forma indireta a uma dedução híbrida, uma vez que entre B co., entidade que beneficia a dedução híbrida, e E co., entidade que efetua o pagamento “importado”, encontra-se interposta C co., entidade onde converge o fluxo de pagamentos.

O esquema tem início com o resultado assimétrico obtido por via do instrumento financeiro híbrido, responsável por gerar um pagamento não incluído no rendimento tributável de A co., e que é simultaneamente dedutível por B co. Esta dedução será a dedução híbrida, pelo que o pagamento efetuado por E co. será aposto a esta dedução (pagamento importado), ainda que neste caso o seja indiretamente, dada a interposição de C co.

A cadeia de pagamentos gerada através da quantia emprestada por A co. a B co., quantia esta que subsequentemente emprestada a C co. e a E co., dá assim lugar a uma série de deduções entre grupo societário. Desta forma, E co. irá aproveitar para deduzir o pagamento efetuado a C co., o qual, apesar de ser incluído na esfera de C co. é aposto a uma dedução obtida por um pagamento efetuado por este último a B co (dedução híbrida indireta). O pagamento importado é assim aposto a uma dedução, cujo pagamento do qual esta resulta se encontra aposto a uma dedução híbrida. Caso se tratasse de uma dedução híbrida direta, o pagamento de E co. seria diretamente aposto à dedução híbrida efetuada por B co. No entanto, a circunstância de existir uma entidade interposta ainda assim permite E co. beneficiar de uma dedução, uma vez que em C co. os efeitos da tributação desse pagamento são anulados através da dedução proveniente do pagamento realizado a B co., pagamento este aposto à dedução híbrida por este último reclamada.

IV. A jurisdição onde se encontra o destinatário do pagamento consubstancia uma jurisdição intermediária, na qual convergem a assimetria importada e a assimetria híbrida, permitindo assim “filtrar” o resultado da assimetria importada, através da dedução híbrida já existente, senão vejamos: em si, a assimetria importada traduz-se numa operação enquadrável, em termos fiscais, como regular, uma vez submetida a tributação na jurisdição do destinatário, e dedutível na jurisdição onde é realizada. No entanto, o efeito dessa inclusão no rendimento tributável é anulado pelo seu destinatário através da dedução híbrida que este mesmo reclama, o que faz com que o valor do pagamento incluído através da assimetria importada não seja, para todos efeitos, tributado, uma vez que é diluído através dessa mesma dedução.

Estas jurisdições intermediárias correspondem, regra geral, a jurisdições que não possuem no seu Ordenamento Jurídico soluções para neutralizar os efeitos provocados por assimetrias híbridas, o que lhes permite beneficiar de uma dedução híbrida que teria de outro modo sido neutralizada através das *linking rules* propostas, sendo muitas vezes paraísos fiscais ou jurisdições e baixa tributação.

V. Assim sendo, as assimetrias importadas observam uma decomposição nos três elementos seguintes: um pagamento dedutível na esfera do seu ordenante, que é incluído no rendimento tributável do destinatário, e subsequentemente compensado a uma dedução híbrida (pagamento importado) por este último realizada; uma dedução integrada num esquema híbrido que vem correspondentemente “esvaziar” da base tributária do destinatário o pagamento importado (dedução híbrida), e, por fim, um nexo entre o pagamento importado e a dedução híbrida que anula a sua inclusão.

Para efeitos de qualificação como assimetria importada, a estrutura em que a mesma se apoia terá necessariamente de ser qualificada como uma assimetria híbrida, nos termos já *supra* analisados.

VI. Os pagamentos dedutíveis por via da assimetria importada normalmente correspondem a pagamentos de rendas, serviços, juros ou *royalties* (estando excluídas as alienações de ativos), os quais são devidamente inseridos no rendimento tributável do destinatário intermediário.

Quanto à dedução híbrida (a qual pode estar inserida numa assimetria híbrida geradora de um resultado D/NI ou D/D) esta consubstancia uma dedução direta, na eventualidade do pagamento importado ser diretamente compensado por essa dedução. Nesta medida, o pagamento importado será efetuado diretamente à entidade que reclama a dedução híbrida, isto é, a dedução efetuada ao abrigo da assimetria híbrida que serve de base ao esquema importado. Se, por outro lado, o pagamento importado for compensado a uma dedução, reclamada na esfera de uma entidade, a qual resulta de um pagamento compensado por uma dedução híbrida, reclamada na esfera de outra entidade, então o pagamento importado será indiretamente compensado à dedução híbrida, e tem-se a dedução híbrida por indireta (esquema frequentemente utilizado por membros do mesmo grupo consolidado para efeitos fiscais, nomeadamente através de pagamentos intra-grupo que proporcionam deduções excedentes (como é o caso da dedução de C co., no exemplo 8.1.)).

Note-se que não existe propriamente um conflito de qualificação no que respeita aos pagamentos importados, uma vez que são dedutíveis pelo seu ordenante, em virtude de serem interpretados como gastos ou despesas, e serem devidamente contabilizados para efeitos fiscais no Estado do destinatário, a título de rendimentos. O conflito tem apenas origem no Estado do destinatário e outro Estado, face a uma assimetria híbrida aí evidenciada, geradora de uma dedução híbrida que permite que o valor do pagamento importado não seja, na prática, sujeito a tributação, por ser compensado a um valor dedutível.

Por sua vez, a jurisdição do intermediário não é de modo algum afetada pela operação, dado que o montante que entra na esfera do seu contribuinte corresponde ao montante que também é dedutível, e, que, por conseguinte, é assim anulado, não existindo nenhum impacto em termos de receita, nem tampouco grande incentivo à introdução de normas que neutralizem estes efeitos, uma vez que a sua receita fiscal não é afetada.

VII. As soluções recomendadas pela OCDE no domínio da presente temática pressupõem um grau de coordenação e de troca de informações suficientemente elevado para a adequada compreensão do esquema importado, uma vez que o envolvimento de pelo menos três jurisdições torna impossível que o pagamento importado seja devidamente detetado num contexto de falta de troca de informações. Por outro lado, a implementação das soluções contempladas para outros tipos de figuras híbridas terá como efeito a neutralização dos efeitos das assimetrias importadas.

É assim sugerida uma abordagem composta por três soluções subsidiariamente aplicáveis com base na sua evidência prioritária, que permitem localizar a origem do pagamento importado tendo como ponto de partida a dedução híbrida que integra o esquema híbrido cujos efeitos são “importados” para a outra jurisdição.

VIII. A primeira solução consiste em manter o registo de todos os passos e transações efetuados ao abrigo da assimetria híbrida que conduzem à assimetria importada, sendo designada pela OCDE como a norma da assimetria importada estruturada (*structured imported mismatch rule*). Neste âmbito, sugere-se que assimetria híbrida seja imputada aos contribuintes por via dos critérios de conexão objetivos²⁹⁵, dado

²⁹⁵ Ou, nos termos do relatório, no âmbito de um “entendimento estruturado”, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 105.

que observam um escopo mais abrangente, permitindo englobar pagamentos efetuados entre contribuintes não relacionados. A sua aplicação proporcionará assim um quadro geral da estrutura híbrida concebida, através do qual irá ser detetado o pagamento efetuado ao abrigo da assimetria importada e, por conseguinte, irá ser estabelecido o respetivonexo entre este e a dedução híbrida à qual se encontra aposto. Uma vez determinado que ambas as assimetrias integram a mesma estrutura, a dedução do pagamento importado deverá ser recusada no Estado do seu respetivo ordenante, na medida em que o rendimento proveniente desse pagamento importado é aposto (direta ou indiretamente) a uma dedução híbrida²⁹⁶.

IX. No entanto, nem sempre a determinação de umnexo entre o pagamento importado e a dedução híbrida se torna possível de estabelecer com recurso aos critérios de conexão objetivos. Consequentemente, a circunstância desses elementos não serem tidos como parte integrante do mesmo entendimento estruturado inibe a aplicação da norma *supra* recomendada, uma vez que não se encontra estabelecida uma ligação entre os referidos pagamentos, suscetível de imputação dos seus efeitos aos respetivos contribuintes. Porém, a OCDE considerou que, nestas situações, a determinação de umnexo entre o pagamento importado e a dedução híbrida ainda assim consubstancia um exercício exequível, através da análise dos pagamentos importados efetuados pelos membros do mesmo grupo controlado, e da sua suscetibilidade de serem apostos a deduções híbridas desse mesmo grupo, não captadas através da primeira norma recomendada. A presente norma, designada por assimetria importada direta (*direct imported mismatch*), tem por base uma técnica de repartição entre dois montantes: por um lado, o montante de pagamentos importados recebidos por um membro do grupo controlado e, por outro, o montante agregado de deduções híbridas reclamadas por esse

²⁹⁶ Nos termos da solução apresentada para o esquema ilustrado no exemplo 8.1., diante da existência de umnexo estabelecido entre o pagamento efetuado por E co. e a dedução híbrida reclamada por B co., mediante a aplicação dos critérios de conexão objetivos, ambos são inseridos na mesma estrutura, e a E co. será recusada a dedução desse pagamento, uma vez que este vem indiretamente ser aposto à dedução híbrida de B co. Para efeitos de cálculo do valor da dedução a ser recusada, dever-se-á ter em conta o valor da dedução híbrida indireta (a de C co.), e subtrair ao valor da dedução indireta o valor pago por E co. que é inserido no rendimento de C co. mas aposto a essa mesma dedução. Uma vez que à dedução híbrida indireta no valor de 80 é aposto um pagamento no valor de 40 que é dedutível por E co., essa dedução no valor de 40 deverá ser negada, OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 343.

mesmo membro, e qualifica o montante associado à dedução híbrida como apostado ao montante da dedução híbrida na mesma proporção²⁹⁷.

Trata-se de uma norma que proporciona uma válvula de escape face à neutralização de resultados assimétricos não abrangidos pela norma da assimetria importada estruturada. Desta forma, as deduções híbridas remanescentes podem, todavia, ser ainda assim relacionadas com pagamentos importados, na medida em que, por aplicação da fórmula acima prevista, se permite concluir que o valor remanescente se encontra apostado a um pagamento importado não inserido no âmbito de um entendimento estruturado. No entanto, a presente norma observa um escopo mais restrito, na medida em que tal operação de ajustamento de resultados se encontra circunscrita a transações incorridas no âmbito de um grupo controlado. Como consequência da determinação da existência de um pagamento importado que dá lugar a uma assimetria híbrida importada por aplicação da norma da assimetria importada direta, a dedução gerada por esse pagamento deverá ser recusada pela jurisdição onde se situa o seu respetivo ordenante.

²⁹⁷ Neste sentido, o exemplo 8.2. representa um esquema importado no qual converge a aplicação da norma da assimetria importada estruturada e da assimetria híbrida direta. Trata-se de uma estrutura idêntica à do exemplo anteriormente consagrado (exemplo 8.1.), pese embora, na situação em apreço, não existe propriamente um nexo entre o pagamento importado realizado por D co. a B co., e a subsequente dedução híbrida que B co. irá apor a esse rendimento, suscetível de enquadrar a presente transação no âmbito de um entendimento estruturado. Desta forma, ao passo que as transações com os restantes membros do grupo (B co., C co. e E co.), são qualificadas como integrantes num esquema entre os referidos contribuintes, que permite a aplicação da norma da assimetria importada estruturada, a transação entre B co. e D co. encontra-se excluída desse âmbito. No entanto, a neutralização dos efeitos da assimetria importada entre estes últimos torna-se possível através da norma da assimetria importada direta. Nos termos desta norma, a dedução híbrida remanescente, cujos efeitos não foram neutralizados por via da norma da assimetria importada estruturada, será tratada como aposta ao rendimento proveniente do pagamento importado efetuado por D co., ao abrigo de um cálculo que faz repartir o montante de deduções híbridas incorridas por B co., e o montante de pagamentos importados recebidos por esta entidade, composto pela seguinte fórmula: número de pagamentos importados incorridos pelo ordenante x montante de deduções híbridas remanescentes incorridas pelo destinatário do pagamento importado / montante de pagamentos importados recebidos por esse mesmo destinatário. Tendo em consideração os valores constantes do exemplo 8.2., a dedução híbrida efetuada por B co. assume o valor de 120. Ora, a essa dedução híbrida é apostado o rendimento proveniente de C co. ao abrigo de um pagamento importado, no valor de 80. Consequentemente, essa dedução híbrida será reduzida a 40 (120-80). Tal valor irá corresponder ao valor da dedução híbrida remanescente, a qual não foi abrangida pela norma da assimetria importada estruturada, uma vez que apenas os pagamentos entre B co. e C co. são por esta abrangidos. Os remanescentes 40 são, no entanto, suscetíveis de serem apostados ao rendimento proveniente de D co., no valor de 80. Com recurso à fórmula recomendada pela OCDE, é possível estabelecer um nexo entre a dedução híbrida remanescente de B co. e o pagamento importado de D co., calculando a proporção de rendimento que irá ser apostado à dedução híbrida nos seguintes termos: 80 (pagamento importado incorrido por D co.) x 40 (montante total de deduções híbridas remanescentes reclamadas por B co.) / 80 (montante total de pagamentos importados recebidos). O resultado será 40, sendo esse o montante que irá sofrer um ajustamento ao abrigo da norma da assimetria importada direta, correspondente ao pagamento importado realizado por D co., cuja dedução deverá ser subsequentemente negada na esfera deste último, *vide* exemplo 8.2. e também exemplo 8.3. e 8.4., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, pp. 345, 349 e 352.

X. Por fim, as assimetrias importadas que não são objeto de neutralização através da aplicação da norma da assimetria importada estruturada e da assimetria importada direta podem ainda assim sofrer um ajustamento ao abrigo da última norma constante da hierarquia, designada por assimetrias importadas indiretas (*indirect imported mismatches*). Nos termos da presente norma, as deduções híbridas remanescentes, não abrangidas pelas normas hierarquicamente superiores, serão tidas como deduções híbridas excedentes, devendo ser tratadas como apostas a rendimento proveniente de um pagamento importado mediante aplicação de um critério *pro rata*. Trata-se aqui de um efeito “cascata”, onde o esquema é composto por pagamentos que apesar de serem apostos a deduções híbridas, o são de forma indireta, o que torna mais difícil detetar o seu rasto ao longo da cadeia de entidades por onde circula. A circunstância desses pagamentos serem apostos de forma indireta resulta do facto de se encontrar interposta uma entidade, entidade essa que realiza um pagamento que é apostado diretamente à dedução híbrida, sendo dedutível na esfera do seu respetivo ordenante (dedução híbrida indireta). Por sua vez, este ordenante recebe também um pagamento importado de uma outra entidade, que entra no seu rendimento tributável, pese embora seja apostado à dedução híbrida indireta. Uma vez que o pagamento importado é apostado à dedução híbrida indireta e não à dedução híbrida direta, este torna-se mais difícil de localizar diante da inaplicabilidade da norma da assimetria importada estruturada (dado que não se torna possível estabelecer um nexo entre a dedução híbrida direta e o pagamento importado ao abrigo dos critérios de conexão objetivos determinadores da existência de um entendimento estruturado no qual se inserem os referidos pagamentos) e da norma da assimetria importada direta.

Por conseguinte, a norma da assimetria importada indireta parte do pressuposto que as deduções híbridas não abrangidas pelas normas hierarquicamente superiores são tidas como deduções híbridas excedentes, e segue o fluxo de pagamentos por forma a determinar, no esquema em cascata, até que ponto é que a essa dedução híbrida excedente foi indiretamente fundada por pagamento importado efetuado por um outro membro do mesmo grupo controlado. Desta forma, é necessário localizar e seguir o fluxo de pagamentos com início na assimetria híbrida incorrida. Essa assimetria híbrida dá lugar a uma dedução híbrida direta, à qual corresponde um pagamento cujo rendimento ir-lhe-á ser apostado. Por sua vez, o ordenante desse pagamento tem direito a uma dedução híbrida indireta. Uma vez localizada esta dedução híbrida indireta, dever-se-á detetar eventuais

pagamentos importados que a esta lhe são apostos²⁹⁸. Ao ser qualificado como pagamento importado, a dedução gerada por este deverá ser correspondentemente negada pela jurisdição do seu ordenante.

XI. Em conformidade com o que já foi anteriormente referido, tais normas apenas se destinam a neutralizar o efeito de pagamentos que são apostos a deduções híbridas provocadas por outros esquemas híbridos. A neutralização ao abrigo das restantes recomendações constantes do relatório relativas a todos os possíveis esquemas D/NI e D/D esvaziam o âmbito de aplicação das regras relativas a assimetrias importadas, uma vez que o pagamento importado já não será aposto a uma dedução híbrida, na medida em que esta foi negada ao abrigo das outras normas anti-híbridos.

A assimetria híbrida que serve de base tem necessariamente de ser qualificada como tal ao abrigo das características inerentes às assimetrias híbridas, o que significa que nos resultados D/NI e D/D envolvendo entidades híbridas é exigido que a dedução híbrida seja aposta a rendimento duplamente não incluído. Nesta medida se o pagamento

²⁹⁸ O exemplo 8.5. representa uma estrutura complexa que tem início com uma dedução efetuada ao abrigo de um instrumento financeiro (dedução híbrida), a qual não é objeto de neutralização através da norma da assimetria importada estruturada nem da norma da assimetria importada direta. No entanto, em virtude da aplicação da norma da assimetria híbrida importada indireta, é possível detetar que a essa dedução híbrida corresponde uma dedução híbrida indireta, e que a esta última se encontra aposto um pagamento importado. Desta forma, e nos termos do exemplo, a dedução híbrida tem lugar em C co., não sendo neutralizada na sua esfera. Consequentemente, será tratada como uma dedução excedente, dada a inaplicabilidade das normas referentes a assimetrias importadas hierarquicamente superiores, sendo qualificada à luz da aplicação da norma da assimetria importada indireta. Seguidamente, a presente norma irá verificar se a essa dedução excedente, reclamada por C co., se encontra associado um pagamento que dá lugar a uma dedução híbrida indireta na esfera do seu respetivo ordenante (dedução incorrida por D co.). Esta dedução híbrida será aposta a rendimento proveniente de um pagamento importado (pagamento efetuado por G co., dedutível na esfera deste último. O montante de dedução híbrida excedente é calculado através da subtração do montante calculado nos termos das normas hierarquicamente superiores (o que, na situação em apreço, corresponde à totalidade da dedução híbrida, no valor de 200, uma vez que não foram aplicadas nenhuma das outras normas). Esse montante de 200 (deduzido por C co.) será tido como anulado por um pagamento efetuado por outro membro do grupo, no valor de 300, que vem financiar a referida dedução (pagamento efetuado por D Co.). A dedução proporcionada pela realização do pagamento, na esfera de D co., é a dedução híbrida indireta, que terá o mesmo valor que a dedução híbrida direta (200). A esta dedução híbrida indireta corresponde um pagamento importado cujo rendimento vem anular parcialmente essa dedução (pagamento efetuado por G co., no valor de 200). A dedução híbrida indireta é considerada, nos termos da presente norma, como uma dedução que é aposta a um pagamento importado, o que permite que a dedução inerente a esse pagamento importado seja negada na jurisdição onde se situa o seu ordenante (G co.), justamente porque vem financiar, em última instância, a dedução híbrida incorrida por C co. ainda que de forma indireta, dada a interposição de D co. O montante de dedução a ser negado é calculado através da seguinte fórmula: pagamentos importados efetuados por G co. x dedução híbrida de D co. / pagamentos importados recebidos por D co. Com referência aos valores constantes do exemplo, o pagamento importado de G co. (200) x a dedução híbrida de D co. (200, uma vez que é esse o montante da dedução híbrida incorrida por C co. correspondentemente imputado a D co.) / pagamentos importados recebidos por D co. (200, pagamento proveniente de G co.). Assim, o valor do montante a ser negado na esfera de G co. será correspondente, nos termos da fórmula recomendada, a 200, *vide* exemplo 8.5., OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 355.

importado for aposto a uma dedução cujo valor desta última é aposto a rendimento que foi duplamente incluído em ambos os Estados, as normas anti-híbridos não se aplicam, nem tampouco as normas relativas a assimetrias importadas, uma vez que essas transações foram efetivamente alvo de tributação.

3.4. ESTABELECIMENTOS ESTÁVEIS HÍBRIDOS

I. Pese embora o Relatório Final sobre a Ação 2 seja essencialmente dirigido a instrumentos financeiros híbridos e entidades híbridas, cujo conflito de qualificação recai sobre o instrumento ou a entidade, o qual permite assim a produção de uma assimetria, também os estabelecimentos estáveis são igualmente suscetíveis de produzir os mesmos resultados assimétricos. Porém, o carácter híbrido deste tipo de figura provém de circunstâncias diferentes daquelas em que surgem os instrumentos financeiros híbridos e as entidades híbridas, não obstante radicarem de um conflito de qualificação proveniente da interação de sistemas fiscais de vários Estados.

Considerando que a questão dos estabelecimentos estáveis híbridos traduzia uma temática igualmente relevante no quadro das assimetrias híbridas identificadas pelos anteriores trabalhos incidentes sobre a Ação 2, a OCDE publicou, em 27 de julho de 2017, um relatório dedicado às assimetrias híbridas relacionadas com estabelecimentos estáveis composto pelas figuras identificadas no âmbito da presente temática e pelas recomendações a adotar por forma a neutralizar os efeitos provocados por estas figuras.

II. O Relatório, designado por *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*²⁹⁹, vem introduzir a matéria dos estabelecimentos estáveis híbridos, numa lógica que vem complementar os trabalhos realizados no âmbito da Ação 2, e começa por caracterizar os estabelecimentos estáveis híbridos como um produto das inconsistências das legislações internas ou, em alguns casos, de lei convencional que permite que determinados contribuintes explorem indevidamente estas figuras, produzindo resultados assimétricos em moldes semelhantes aos já estudados no âmbito do Relatório Final da Ação 2.

²⁹⁹ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, disponível em <http://www.oecd.org>.

Neste âmbito, porém, o conflito de legislações recai sobre a qualificação dos estabelecimentos estáveis em si, ou sobre o exercício de competências tributárias e a metodologia adotada pelos diferentes Estados para a alocação do respetivo rendimento e despesa entre estabelecimento estável e sede (e que normalmente diz respeito a questões do domínio contabilístico).

III. Os regimes de tributação os quais, com vista à eliminação da dupla tributação económica, concedem algum tipo de alívio fiscal a rendimento obtido por via do estabelecimento estável são frequentemente alvo de aproveitamento por determinados contribuintes. Seja na jurisdição da sede, ou do estabelecimento estável, a concessão de benefícios atribuídos a rendimentos obtidos por via do estabelecimento estável é suscetível de gerar assimetrias sempre que o mesmo pagamento dedutível não seja tributado ao abrigo desse regime. Desta forma, a OCDE considera que a solução prevalecente será limitar o âmbito do benefício a pagamentos que não são dedutíveis na esfera do ordenante, recomendação que visa neutralizar a generalidade das assimetrias provocadas pela utilização de estabelecimentos estáveis híbridos³⁰⁰.

IV. Os pagamentos que circulam entre os estabelecimentos estáveis híbridos, sejam por estes efetuados, ou recebidos, produzem resultados assimétricos idênticos aos já considerados, ou seja, deduções com correspondente não inclusão no rendimento tributável do destinatário, duplas deduções e também deduções com correspondente não inclusão obtidas indiretamente por via de uma assimetria importada.

Nos casos D/NI, a circunstância de o pagamento não ser incluído no rendimento tributável nem da sede nem do estabelecimento estável pode resultar da sua desconsideração para efeitos fiscais, ou da divergência quanto à imputação do pagamento, que termina com o Estado da residência a atribuir o rendimento ao estabelecimento estável e o Estado do estabelecimento estável a atribuir o mesmo rendimento à sede.

Já nas situações D/D será o conflito de políticas fiscais provenientes do Estado da residência e do Estado do estabelecimento estável que permite que o mesmo pagamento seja dedutível ao abrigo do direito interno de ambas as jurisdições, a sede e a do estabelecimento estável.

³⁰⁰ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 23 e ss.

Quanto ao resultado D/NI indireto, este torna-se possível através da utilização de um estabelecimento estável para a produção de uma assimetria cujos efeitos serão “importados” para outra jurisdição, permitindo que um pagamento dedutível seja aposto a uma dedução híbrida reclamada pelo estabelecimento estável, em moldes semelhantes aos previstos para as assimetrias importadas anteriormente estudadas³⁰¹.

V. Por conseguinte, foram assim identificadas cinco estruturas básicas típicas de assimetrias híbridas provocadas por estabelecimentos estáveis, a saber: os estabelecimentos estáveis desconsiderados (*disregarded branch structure*), as estruturas desviadas (*diverted branch payments*), os pagamentos teóricos efetuados por estabelecimentos estáveis (*deemed branch payments*), os pagamentos duplamente dedutíveis e as estruturas importadas. Cada figura será individualmente analisada.

3.4.1. ESTABELECEMENTOS ESTÁVEIS DESCONSIDERADOS (DISREGARDED BRANCH STRUCTURE) E ESTRUTURAS DESVIADAS (DIVERTED BRANCH PAYMENTS)

I. Os estabelecimentos estáveis desconsiderados (*disregarded branch structure*) assumem um carácter híbrido em virtude do conflito de qualificação que recai sobre a figura do estabelecimento estável, considerado como um estabelecimento estável à luz do direito interno da sede, e desconsiderado para efeitos fiscais no Estado onde se encontra “posicionado”, não se qualificando, para efeitos do conceito de estabelecimento estável, nos termos da lei desse último Estado. Estamos diante de um conflito de qualificação do tipo *subjetivo*, uma vez que a divergência evidenciada tem origem nos critérios de determinação do conceito de estabelecimento estável como entidade.

Consequentemente, esse conflito de qualificação é aproveitado por determinados contribuintes, proporcionando a oportunidade de produzir resultados assimétricos através desse estabelecimento estável híbrido, pelo qual circulam pagamentos dedutíveis na esfera do seu ordenante que não são incluídos no rendimento do estabelecimento estável no local onde se encontra situado, uma vez que não vai ao encontro da definição legal aí prevista, ao passo que o Estado da sede qualifica o estabelecimento estável como tal e

³⁰¹ V. *supra* ponto 3.3. do presente Capítulo.

isenta o seu rendimento ao abrigo de um regime que visa atenuar os efeitos da dupla tributação económica.

A eventualidade de o estabelecimento estável estar na origem de um conflito de qualificação pode ter origem na interação de legislações internas, como também quanto à interpretação, e respetiva aplicação de normas constantes de CDT's celebradas entre os Estados ou até mesmo da interpretação do artigo 23.º-A da CMOCDE.

II. Os estabelecimentos estáveis desconsiderados são suscetíveis de produzir resultados D/NÍ, uma vez que os pagamentos dirigidos ao estabelecimento estável híbrido são dedutíveis na esfera do seu ordenante, e simultaneamente não incluídos no rendimento tributável do estabelecimento estável, bem como da sua respetiva sede, dado o conflito de qualificação que resulta na atribuição recíproca do pagamento à sede, pelo Estado do estabelecimento estável, e vice-versa. Trata-se de uma assimetria próxima das assimetrias invertidas, pese embora aqui a divergência assenta, não na transparência da entidade, mas sim nos critérios de qualificação de um estabelecimento estável³⁰².

III. Já no que respeita às estruturas desviadas (*diverted branch payments*), o conflito provém da interação de normas que atribuem a competência tributária aos Estados e também da interação destas últimas com regimes que concedem algum tipo de alívio fiscal a pagamentos efetuados a estabelecimentos estáveis. Contrariamente aos estabelecimentos estáveis desconsiderados, na situação em apreço, a entidade é qualificada como estabelecimento estável na jurisdição onde se situa. Trata-se, uma vez mais, de um conflito de qualificação *subjetivo*.

Tais normas, ao interagirem, são suscetíveis de causar divergências quanto à imputação do pagamento, culminando com a atribuição de um pagamento dedutível ao nível do seu ordenante, e recebido pelo estabelecimento estável, à sua respetiva sede, enquanto o Estado da sede atribui esse mesmo pagamento ao estabelecimento estável.

³⁰² A Figura 1 apresenta um esquema de uma estrutura na qual a utilização de um estabelecimento estável desconsiderado produz um resultado D/NÍ no âmbito de entidades relacionadas. A sociedade A co. (sede) realiza um empréstimo a C co. através do seu estabelecimento estável. Os juros do empréstimo são dedutíveis por C co., pese embora não incluídos no rendimento tributável de A co., uma vez que à luz da legislação do Estado onde se encontra situada, o referido pagamento é atribuído ao estabelecimento estável, e beneficia de uma isenção sobre pagamentos de juros efetuados a estabelecimentos estáveis. Por sua vez, o estabelecimento estável não se qualifica para efeitos do conceito no Estado onde teoricamente se encontra localizado, e, conseqüentemente, o pagamento não é incluído no rendimento tributável nesse Estado, por ser atribuído à sede, cfr. OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 14.

IV. Verifica-se neste domínio um aproveitamento de um conflito de competência negativo, para benefício dos contribuintes sobre os quais esse mesmo conflito recai. No entanto, pode suceder que apenas um Estado se abstenha de tributar o pagamento, enquanto o outro Estado concede, por exemplo, uma isenção³⁰³.

V. Os pagamentos são assim dedutíveis na esfera do ordenante, e correspondentemente não são incluídos no rendimento tributável da sede, nem do estabelecimento estável, em virtude das suas respectivas jurisdições não exercerem a sua competência tributária.

VI. A dedução que tem lugar na esfera do ordenante equivale a despesas relacionadas com pagamentos de juros, serviços, rendas, *royalties*, estando, porém, excluídas amortizações, depreciações e aquisições de capital. Por sua vez, será tido por não incluído no rendimento tributável, na medida em que a análise do correspondente pagamento permite concluir que o mesmo foi desconsiderado para efeitos fiscais na jurisdição do destinatário³⁰⁴.

VII. A solução prevista para neutralizar os efeitos provocados pela utilização de estabelecimentos estáveis híbridos nas aceções acima consideradas (os desconsiderados e as estruturas desviadas) traduz-se na recusa da dedução, por parte do Estado onde se situa o ordenante, do pagamento por este efetuado, na medida em que corresponde a um pagamento não incluído na esfera do destinatário.

A análise do tratamento fiscal a que o pagamento se encontra sujeito na jurisdição do destinatário corresponde a uma análise jurídica, e deverá ser efetuado o adequado

³⁰³ Neste sentido, a Figura 2 contém um esquema semelhante ao ilustrado para estabelecimentos estáveis desconsiderados, onde uma sociedade realiza um empréstimo a uma outra sociedade através do seu estabelecimento estável. O pagamento de juros é dedutível pela sociedade que beneficia do empréstimo, e correspondentemente não incluído no rendimento tributável, tanto na jurisdição da sede como na jurisdição do estabelecimento estável. Tal pode suceder em razão da jurisdição atribuir o pagamento à sede e vice-versa, ou então, por exemplo, o Estado do estabelecimento estável isentar pagamentos auferidos por não residentes, ao passo que o Estado da sede atribui o pagamento ao estabelecimento estável, cfr. OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 15 e 16.

³⁰⁴ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 28.

escrutínio por forma a provar que o pagamento não foi incluído no rendimento tributável de nenhuma entidade. Diante da verificação da sua não inclusão no rendimento tributável nos termos da legislação aplicável no país de destino, deverá a norma recomendada atuar. Pode suceder, no entanto, que o pagamento seja tributado ao abrigo de normas CFC, facto pelo qual se considera que o mesmo foi incluído no rendimento em virtude da aplicação do dito regime, pelo que incumbe ao contribuinte fazer prova de que o mesmo foi sujeito a tributação ou sê-lo-á num evento futuro, não beneficiando de nenhuma isenção total ou parcial, nem tampouco de uma taxa reduzida.

Por sua vez, as questões de *timing* da inclusão do pagamento também consubstanciam um ónus que recai sobre o contribuinte, tendo o mesmo de provar que o pagamento irá ser incluído num período fiscal subsequente.

VIII. A norma recomendada apenas objetiva neutralizar assimetrias cujos resultados D/NI tenham origem num conflito de interpretação do conceito de estabelecimento estável, e da interpretação de normas de competência de tributação de rendimentos. A eventualidade dos resultados assimétricos serem igualmente produzidos, em razão da situação do contribuinte, exclui a aplicação da norma, uma vez que o resultado seria, de igual forma, alcançado. Tal sucede, por exemplo, na circunstância da sede se encontrar isenta de tributação. O resultado assimétrico que daí decorre deriva do Estado do contribuinte, pelo que os pagamentos geradores de D/NI não poderão ser atribuídos às circunstâncias acima mencionadas e, bem assim, a recusa da dedução ao abrigo da norma não se efetiva³⁰⁵.

IX. Quanto ao âmbito subjetivo de aplicação, este encontrar-se-á limitado a grupos controlados e entendimentos estruturados.

3.4.2. PAGAMENTO TEÓRICO EFETUADO POR UM ESTABELECIMENTO ESTÁVEL (*DEEMED BRANCH PAYMENTS*)

I. Os pagamentos teóricos gerados através de um estabelecimento estável híbrido têm origem num conflito de normas que se destinam a regular a alocação de rendimentos

³⁰⁵ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 31.

obtidos por via de pagamentos efetuados entre estabelecimento estável e a sua respetiva sede, ou entre vários estabelecimentos estáveis do mesmo contribuinte. A aplicação simultânea de diferentes normas é responsável por gerar assimetrias internas, uma vez que determinadas transações incorridas possibilitam o reconhecimento de pagamentos teóricos os quais, por assumirem uma natureza fictícia, permitem a diferentes “partes” do mesmo contribuinte, deduzir uma despesa que não corresponde a uma despesa real, num Estado, a qual, por outro lado não apresenta nenhum correspondente ajustamento, no outro Estado³⁰⁶.

Sucedo que, tal dedução é aposta a rendimento não sujeito a tributação em ambos os Estados (rendimento duplamente não incluído). É um conflito do tipo *subjetivo*, dado que assenta na divergência de interpretações quanto ao titular do ativo gerador do rendimento, que culminam com a imputação do pagamento a esse titular (o que, num cenário transfronteiriço, culmina com a atribuição do pagamento a uma entidade situada num outro Estado). Contudo, a sua mecânica não deixa de ser semelhante à observada para as entidades transparentes, pese embora o resultado assimétrico aqui provocado por via do tratamento fiscal que recai sobre a entidade.

II. O conflito interpretativo dá assim origem a um pagamento teórico, aproveitado por ambas as partes do mesmo contribuinte. Tal pagamento é percecionado como efetuado entre sede e estabelecimento estável, ou entre estabelecimentos estáveis do mesmo contribuinte, fazendo parte de um mecanismo de alocação de rendimentos entre estes, o qual objetiva apurar qual o valor do rendimento submetido a tributação no Estado onde se situa o seu respetivo ordenante. Trata-se, assim, de uma ficção legal, mais especificamente de direito fiscal, geradora de um valor fictício de um dado rendimento.

Por sua vez, a jurisdição do ordenante atribui esse pagamento teórico como efetuado à sede ou a outro estabelecimento estável, por conta de atividades/funções realizadas, ativos detidos ou riscos assumidos na jurisdição onde estes se situam. Contudo, esse pagamento não é calculado com base numa despesa real, mas sim numa despesa fictícia, em virtude da aplicação simultânea de diferentes legislações atribuir a

³⁰⁶ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 16.

titularidade desses ativos e riscos, ou a realização de determinadas funções, à jurisdição da sede ou do outro estabelecimento estável³⁰⁷.

Ressalvam-se, no entanto, as situações em que seja possível estabelecer umnexo minimamente sólido entre o propósito do pagamento teórico e um elemento do conjunto de despesas que seja efetivamente real, o que permite que tais situações sejam salvaguardadas e uma parcela do pagamento não seja tida como um pagamento teórico³⁰⁸.

III. Os resultados assimétricos assim gerados são do tipo D/NI. O pagamento torna-se assim dedutível na esfera do seu ordenante, e não incluído no rendimento tributável do seu destinatário, em virtude de ser desconsiderado para efeitos fiscais, ao abrigo de um regime que concede uma isenção sobre rendimento proveniente de fonte estrangeira. Por forma a consubstanciar um resultado assimétrico D/NI, é fundamental apurar, à semelhança do que se encontra previsto para os esquemas com entidades transparentes, se o pagamento seria igualmente desconsiderado, por razões não atribuíveis à utilização do estabelecimento estável, sendo que nestas situações, não será um resultado enquadrável nos moldes típicos deste tipo de assimetria³⁰⁹. Por outro lado, a dedução terá que ser aposta a rendimento duplamente não incluído em ambos os Estados, cuja verificação requer naturalmente a análise do tratamento do rendimento da sede e do estabelecimento estável, ou dos estabelecimentos estáveis, em ambas as jurisdições.

³⁰⁷ Tal situação pode ser ilustrada através da Figura 3, onde a sede (A co.) presta serviços a uma sociedade não relacionada (C co.) através do seu estabelecimento estável. Os serviços prestados através do EE exploram intangíveis detidos pela sua sede. Contudo, o conflito interpretativo que recai sobre a titularidade dos intangíveis resulta no Estado do EE a atribuir a titularidade dos mesmos ao Estado da sede, contrariamente à interpretação dada pelo Estado da sede, que os atribui ao EE. Por conseguinte, à luz da legislação aplicável no Estado do EE, o rendimento obtido pelo EE, em virtude dos serviços por este prestados a C co., é atribuído à sede, em razão dos intangíveis explorados por via desses serviços serem detidos por esta. Tal permite que o EE reencaminhe esse rendimento para a sede, cujo pagamento será interpretado como um pagamento efetuado em condições de plena concorrência, por forma a compensar A co. pela exploração dos seus intangíveis. Este pagamento é dedutível pelo EE, e não incluído no rendimento tributável de A co., uma vez que o Estado onde se situa atribui a titularidade dos intangíveis ao EE, e isenta o rendimento proveniente de serviços realizados por EE. Acresce que a dedução aposta, no Estado do EE, a rendimento não incluído para efeitos tributários em ambos os Estados, cfr. OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 16.

³⁰⁸ Vide exemplo 5, onde uma parte dos serviços prestados dizem respeito a serviços de apoio informático relativamente a software que constitui uma despesa real e, bem assim, exclui o pagamento do conceito de pagamento teórico, cfr. OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 73.

³⁰⁹ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 40.

IV. A solução apresentada para este tipo de assimetrias consiste na recusa por parte do Estado do estabelecimento estável, da dedução por este incorrida, na medida em que a mesma corresponde a um pagamento imputável a uma despesa fictícia, cujo valor torna-se dedutível a rendimento não sujeito a tributação em ambos os Estados³¹⁰.

3.4.3. PAGAMENTOS DUPLAMENTE DEDUTÍVEIS

I. Em modos semelhantes aos previstos para as situações D/D causadas por entidades híbridas, verifica-se que tais resultados podem igualmente ser obtidos através de estabelecimentos estáveis, na medida em que o mesmo pagamento, a mesma despesa ou perda torna-se dedutível em mais que uma jurisdição, sendo compensada a rendimento não duplamente incluído. As situações D/D derivam de conflitos de política fiscal, e são suscetíveis de ocorrer sempre que o Estado da sede conceda uma dedução por despesas imputáveis ao estabelecimento estável ao mesmo tempo que isenta o rendimento por este auferido, enquanto o Estado do estabelecimento estável concede uma dedução por essas mesmas despesas.

A circunstância de o Estado da sede isentar o rendimento proveniente do estabelecimento estável faz com que a dedução admitida nesse Estado seja compensada a rendimento que não é sujeito a tributação em ambos os Estados, o da sede, bem como o do estabelecimento estável, e apenas diante destas condições pode a assimetria ser qualificada como uma D/D atribuível a um estabelecimento estável.

Contudo, os mesmos resultados podem ser obtidos através da inserção de um estabelecimento estável num grupo consolidado para efeitos fiscais, o que permite que, apesar do estabelecimento estável ser sujeito a tributação em ambos os Estados, a dedução por este incorrida seja aposta a rendimento do grupo, este não duplamente incluído no rendimento tributável em ambos os Estados³¹¹.

³¹⁰ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 35.

³¹¹ Veja-se, por exemplo, a Figura 4, onde a sociedade A co. detém um estabelecimento estável e uma afiliada no estado B. A despesa incorrida pelo EE é dedutível em ambas as jurisdições, sendo, porém, aposta a rendimento não duplamente incluído, na medida em que o EE é integrado num grupo consolidado que lhe permite compensar tal dedução a rendimento auferido pela afiliada, cfr. OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 18.

II. Os pagamentos aqui considerados consubstanciam pagamentos ou despesas, associados a rendas, juros, *royalties* ou serviços, como também depreciações e amortizações, sendo que o ordenante do pagamento observa, à luz da legislação aplicável na jurisdição onde se encontra situado, o direito efetivo à dedução. A determinação da situação D/D depende assim da análise e comparação do tratamento fiscal a que essa mesma despesa se encontra sujeita em ambas as jurisdições onde é reclamada.

III. Por sua vez, as soluções recomendadas divergem das soluções preconizadas a respeito das entidades híbridas. Desta forma, uma vez diante de uma assimetria geradora de resultados D/D derivados da mesma despesa ser dedutível em ambas as jurisdições da sede e do estabelecimento estável, e aposta a rendimento não sujeito a tributação em ambas as jurisdições, deverão os respetivos resultados ser neutralizados através de um conjunto de normas subsidiariamente aplicáveis.

Consequentemente, a primeira solução consiste na recusa da dedução pelo Estado da sede, sempre que das suas características seja possível depreender que se trata de uma dedução também concedida numa outra jurisdição, sendo aposta a rendimento não duplamente incluído.

A solução subsidiariamente aplicável pelo Estado do estabelecimento estável, na ausência de aplicação da solução primária pelo Estado da sede, consiste na recusa da dedução ao nível do estabelecimento estável.

Ambas as recomendações não visam lidar com resultados D/D decorrentes das diferenças de *timing* em que essas deduções são reclamadas em diferentes Estados. Contudo, a dedução excedente poderá ser reclamada em períodos fiscais subseqüentes, na condição de ser compensada a rendimento sujeito a tributação em ambos os Estados³¹².

3.4.4. ASSIMETRIAS IMPORTADAS COM ESTABELECIMENTO ESTÁVEL

I. Também num registo idêntico ao preconizado para as assimetrias importadas concretizadas através da utilização de um esquema prévio baseado numa assimetria provocada por um instrumento financeiro híbrido ou uma entidade híbrida, verifica-se a

³¹² OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 46.

possibilidade dos esquemas relacionados com estabelecimentos estáveis serem também eles potencialmente utilizados para gerar este tipo de assimetria derivada, a qual aproveita o resultado gerado pela assimetria originária para produzir um resultado de dupla não tributação que lhe é subjacente.

A mecânica é em tudo igual à prevista para as assimetrias importadas inicialmente estudadas. Na circunstância em apreço, esta consubstancia um conjunto de transações que financiam, direta ou indiretamente, um pagamento dedutível efetuado ao abrigo de uma assimetria com recurso a um estabelecimento estável. Tal assimetria, seja esta resultante numa D/D ou D/NI, dá lugar a uma dedução que irá anular o rendimento proveniente de um outro pagamento. Por sua vez, este último pagamento é também ele dedutível na esfera do seu respetivo ordenante, produzindo-se, desta forma, um resultado D/NI indireto, sendo que a não inclusão dá-se por via do rendimento ser anulado pela dedução híbrida efetuada ao abrigo da assimetria originária³¹³.

II. Os pagamentos efetuados ao abrigo da assimetria importada terão necessariamente de ser dedutíveis na esfera do seu ordenante, e correspondentemente incluídos no rendimento do seu destinatário, onde aí serão anulados por uma dedução híbrida, e geralmente correspondem a pagamentos de serviços, juros, rendas ou *royalties*, estando, porém, excluídas compensações por alienações de ativos. Acresce que, pagamentos efetuados a contribuintes isentos de igual modo não se inserem no presente conceito³¹⁴.

III. A metodologia recomendada para a adequada identificação das assimetrias importadas desta índole segue a lógica da adotada para as assimetrias importadas geradas através de instrumentos financeiros e entidades. Desta forma, o adequado escrutínio da cadeia de pagamentos inseridos na estrutura híbrida obedece a uma hierarquia de normas cujo objetivo será estabelecer umnexo entre a dedução híbrida e o pagamento importado, elementos que compõem a assimetria. Consequentemente, após identificação da dedução

³¹³ Veja-se a Figura 5 onde a sociedade C co. emite um pagamento destinado a um EE do mesmo grupo controlado, o qual é apostado a uma dedução reclamada pelo estabelecimento estável ao abrigo de um esquema gerador de um pagamento teórico. Todos os contribuintes integram o mesmo grupo controlado, cfr. OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 19.

³¹⁴ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 50.

híbrida, será necessário localizar os pagamentos que, direta ou indiretamente, foram apostos a esta.

IV. Por fim, a recomendação da OCDE neste contexto traduz-se na recusa da dedução do pagamento que é incluído na esfera do seu destinatário, pese embora seja direta ou indiretamente anulado através de uma dedução proveniente de outra assimetria híbrida. No entanto, esta norma apenas deverá ser despoletada pela jurisdição do ordenante do pagamento, na eventualidade das restantes jurisdições envolvidas não procederem a um ajustamento da assimetria.

A norma recomendada destina-se a ser aplicada a contribuintes que sejam membros de um grupo controlado ou então parte de um entendimento estruturado³¹⁵.

³¹⁵ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 49.

III. O QUADRO LEGISLATIVO EUROPEU EM MATÉRIA DE ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

A Diretiva ATAD II consiste num ato legislativo quase inteiramente dedicado ao tratamento fiscal de pagamentos efetuados ao abrigo de assimetrias híbridas, onde foi contemplado um quadro geral que objetiva não apenas conceder as orientações gerais em condições que proporcionem a aplicação coordenada de conceitos com vista à adequada identificação das assimetrias híbridas existentes, mas também a neutralização do seu respetivo resultado através da implementação das *linking rules* recomendadas pela OCDE no âmbito dos seus trabalhos realizados em matéria de assimetrias híbridas, transposição que ocorreu de forma compatível com as soluções aí preconizadas. Tal assim o é, que se verifica que todas as figuras híbridas estudadas nos relatórios da OCDE foram objeto de regulação no contexto da Diretiva ATAD II.

Note-se que as normas implementadas não objetivam interferir com a distribuição da competência tributária dos Estados-membros, pelo contrário, estas visam apenas neutralizar os resultados assimétricos evidenciados, sem que tal acarrete um impacto nos sistemas fiscais das jurisdições envolvidas.

1. ÂMBITO OBJETIVO E ÂMBITO SUBJETIVO

I. O regime anti-híbridos aqui analisado destina-se a ser aplicado a pagamentos dedutíveis, pagamentos estes que são suscetíveis de produzir resultados D/D, D/NI ou D/NI indiretos, em virtude de serem inseridos em estruturas qualificáveis como assimetrias híbridas. Note-se que este último resultado (D/NI indireto) não se encontra referenciado ao longo da Diretiva. No entanto, a existência de uma norma específica orientada para este tipo de resultado (*vide*, n.º 3 do artigo 9.º da Diretiva) faz com que, não obstante a omissão evidenciada, o mesmo consubstancie um resultado o qual é, também ele, objeto de neutralização pela Diretiva, por aplicação de um regime próprio.

Por sua vez, os resultados têm necessariamente de ser provenientes das assimetrias híbridas elencadas, sejam estas devidas a conflitos de qualificação de instrumentos financeiros, pagamentos ou entidades, ou então a conflitos de imputação de pagamentos.

Neste sentido, é no artigo 2.º que se encontram descritas as assimetrias híbridas que são objeto de neutralização por via da aplicação do artigo 9.º, bem como todas as definições que proporcionam a sua adequada aplicação.

Por forma a permitir uma melhor compreensão do âmbito objetivo da Diretiva ATAD II, sugere-se uma subdivisão, tendo por referência os resultados que se visam neutralizar, bem como as respetivas assimetrias que a estes se encontram associadas:

- a) Aos resultados D/NI, as assimetrias decorrentes de instrumentos financeiros híbridos (alínea a) do 1.º parágrafo ponto 9) do artigo 2.º) e transferências híbridas (alínea l) do 3.º parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º), entidades transparentes (alínea e) do 1.º parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º), entidades inversas (artigo 9.º-A) e estabelecimentos estáveis (alíneas c), d) e f) do 1.º parágrafo do ponto 9.º do artigo 2.º);
- b) Aos resultados D/D, as assimetrias decorrentes de entidades transparentes ou estabelecimentos estáveis (alínea g) do 1.º parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º) e entidades duplamente residentes (artigo 9.º-B);
- c) Aos resultados D/NI indiretos, as assimetrias importadas (alínea a) do 1.º parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º e n.º 3 do artigo 9.º);
- d) À dupla produção de créditos de imposto, as assimetrias decorrentes de transferências híbridas (n.º 6 do artigo 9.º).

II. Nos termos do artigo 1.º, o qual vem delimitar o âmbito de aplicação das Diretivas ATAD I e ATAD II, é possível identificar um conjunto de destinatários do regime constante de ambas as Diretivas. Desta forma, são destinatários do regime por estas instituído, os contribuintes sujeitos a imposto sobre sociedades num ou mais Estados-membros, os estabelecimentos estáveis de entidades situadas em países terceiros que estejam localizados num ou mais Estados-membros, e as entidades consideradas transparentes para efeitos fiscais por um Estado-membro.

Existem, no entanto, especificidades quanto ao âmbito subjetivo no domínio das assimetrias híbridas. Não obstante abranger os contribuintes acima mencionados, a Diretiva requer que o respetivo resultado da assimetria necessariamente sobrevenha entre empresas associadas, entre um contribuinte e uma empresa associada, entre a sede e o estabelecimento estável, entre dois ou mais estabelecimentos estáveis da mesma entidade,

ou, por último no âmbito de um entendimento estruturado. As assimetrias híbridas inversas possuem um âmbito subjetivo próprio.

Trata-se de um âmbito de aplicação mais restrito, pese embora compreensível, uma vez que, como já tivemos oportunidade de analisar³¹⁶, a concretização de um resultado assimétrico apenas se proporciona diante da existência de um nexos entre as partes que a integram.

III. O conceito de empresas associadas foi, através da aprovação da Diretiva ATAD II, objeto de ampliação, *maxime* no que respeita ao regime especial previsto para as assimetrias híbridas. Por conseguinte, mantém-se a alteração do requisito de participação de 25% para 50% para efeitos de qualificação de um contribuinte como “empresa associada”, e, bem assim, para a sua subsequente sujeição às normas anti-híbridos³¹⁷, sendo que, no entanto, essa alteração na percentagem do investimento é doravante, nos termos da alínea a) do último parágrafo do ponto 4 do artigo 2.º, apenas prevista para estabelecimentos estáveis híbridos (alíneas c), d), f) e g) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), entidades híbridas, mais concretamente, as entidades transparentes suscetíveis de produzir resultados D/D (alínea g) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), e a entidades híbridas inseridas em esquemas D/NI por receção de um pagamento alvo de um conflito de imputação de pagamentos (alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), as assimetrias importadas (n.º 3 do artigo 9.º) e as assimetrias inversas (artigo 9.º-A).

Tal significa que, *a contrario*, o requisito de 25% manter-se-á para qualificação do contribuinte como empresa associada no âmbito das restantes assimetrias contempladas, ou seja, no contexto dos instrumentos financeiros (alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), e das transferências híbridas (alínea l) do terceiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), das entidade transparentes suscetíveis de produzir resultados D/NI (alínea e) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º) e das entidades duplamente residentes (artigo 9.º-B).

IV. Por sua vez, à exceção das assimetrias provocadas por entidades duplamente residentes, nas restantes assimetrias o conceito de empresas associadas estende-se

³¹⁶ V. *supra* ponto 2.4. do Capítulo II.

³¹⁷ Note-se que consubstancia um requisito elevado sendo clara a vontade do legislador de, neste domínio, garantir a influência efetiva do investidor na sociedade, para efeitos de aplicação do conceito.

também à pessoa, ou conjunto de pessoas, que atuam conjuntamente com outra pessoa no que respeita aos direitos de voto ou capital social desta última numa entidade, como sucede, por exemplo, no domínio dos acordos parassociais. Estas pessoas, para além de inseridas no conceito de empresa associada, serão também tratadas como detendo uma participação na totalidade dos direitos de voto ou capital social dessa entidade, que são detidos pela pessoa com que atuam conjuntamente, e, por conseguinte, também a estas poderão assim ser imputados os efeitos de uma assimetria híbrida (alínea b) do último parágrafo do ponto 4) do artigo 2.º).

V. Acresce que as entidades que, para efeitos de contabilidade financeira, que façam parte do mesmo grupo consolidado (*vide* ponto 10) do artigo 2.º) que o contribuinte, as entidades em cuja gestão o contribuinte tenha uma influência significativa ou, na situação contrária, entidades que apresentem uma influência significativa na gestão do contribuinte, serão também abrangidas pelo conceito de empresa associada híbrida (alínea c) do último parágrafo do ponto 4) do artigo 2.º).

VI. No que respeita aos estabelecimentos estáveis e suas respetivas sedes, estes encontram-se plenamente submetidos ao regime constante da Diretiva, não sendo observadas quaisquer especificidades.

VII. Por último, o quadro legislativo em matéria de assimetrias híbridas ir-se-á também aplicar a assimetrias híbridas emergentes de um entendimento estruturado. Tal definição é consagrada no ponto 11) do artigo 2.º, tratando-se de uma definição deveras abstrata, uma vez que determina que uma assimetria é suscetível de sobrevir de um entendimento estruturado, sempre que a esta se encontre associado um preço fixado nos termos do acordo que serviu de base à realização da assimetria, ou sempre que fique provado que se trata de um entendimento concebido com vista à criação desse resultado assimétrico. No entanto, encontram-se ressalvadas as situações em que não seja razoavelmente expectável que o contribuinte ou uma empresa associada tivessem conhecimento da existência da assimetria e, por conseguinte, não beneficiaram dos resultados produzidos através desta.

A vantagem económica subjacente à assimetria híbrida e acordada entre as partes, corresponde ao primeiro e mais relevante critério de conexão do tipo objetivo utilizado para efeitos de qualificação de um entendimento estruturado, à luz do conceito

preconizado pela OCDE³¹⁸, pelo que se verifica uma transposição *ipsis verbis* do referido conceito para o Direito Europeu. No entanto, a circunstância de o entendimento ser qualificado como um entendimento estruturado, em virtude de ser concebido com vista à produção de um resultado assimétrico, traduz uma certa insegurança jurídica, na medida em que se trata de uma disposição que deixa em aberto um elenco infinito de possibilidades, sem que seja adequadamente definido o modo como o nexo deverá ser estabelecido entre a assimetria híbrida e a existência de um entendimento estruturado.

Nestas situações, as orientações dadas pela OCDE no âmbito da definição de entendimento estruturado poderão proporcionar uma melhor compreensão da metodologia a ser utilizada para efeitos de aplicação do referido conceito.

2. A INTERAÇÃO DO ARTIGO 2.º E DOS ARTIGOS 9.º, 9.º-A E 9.º-B

I. O elenco de definições constante do artigo 2.º, mais concretamente do seu ponto 9) e seguintes, assume um papel fundamental no que respeita à aplicação do regime anti-híbridos constante das normas do artigo 9.º, 9.º-A e 9.º-B, na medida em que é no artigo 2.º que se definem todos elementos essenciais por forma a que seja possível proceder seguidamente à neutralização dos resultados assimétricos.

II. O artigo 2.º assume aqui um carácter instrumental face às normas anti-híbridos, uma vez que a aplicação destas últimas se encontra dependente do preenchimento prévio de conceitos. Desta forma, a determinação da existência de uma assimetria híbrida dar-se-á com base no preenchimento prévio dos conceitos presentes no artigo 2.º, sendo esta a primeira etapa na aplicação do regime, uma vez que é com base neste artigo que se definem os termos em que se dá uma assimetria híbrida para efeitos da Diretiva (alíneas a) a g) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º) e o seu respetivo âmbito subjetivo (alínea c) do segundo parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), os resultados assimétricos contemplados (alíneas a) a e) do terceiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), as definições de entidade híbrida e instrumento financeiro (alíneas i) e j) do terceiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), entre outros conceitos relevantes para efeitos de aplicação do regime anti-híbridos.

³¹⁸ Vide Relatório Final sobre a Ação 2, cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 106 e *supra* ponto 2.4.1. do Capítulo II.

III. Já os artigos 9.º, 9.º-A e 9.º-B proporcionam a neutralização das assimetrias híbridas, sendo os artigos 9-A e 9.º B exclusivamente dedicados, respetivamente, a assimetrias inversas e a assimetrias de residência fiscal.

IV. No que respeita ao artigo 9.º, este estabelece o regime geral da neutralização de assimetrias híbridas cujos resultados consubstanciam D/D e D/NI, através de normas cuja aplicação dever-se-á concretizar à luz de uma lógica subsidiária, na linha das recomendações efetuadas pela OCDE³¹⁹. A estrutura da norma observa assim uma subdivisão em regra primária e regra secundária, igualmente aplicável no contexto europeu, não obstante os Estados-membros se encontrarem vinculados ao regime da Diretiva³²⁰. O presente artigo aplicar-se-á a instrumentos financeiros híbridos e transferências híbridas, bem como à neutralização do efeito duplicador de créditos de imposto através destas gerados, a entidades híbridas (excluindo-se as inversas e as duplamente residentes, as quais observam regimes próprios), às assimetrias importadas (número 3) e aos estabelecimentos estáveis. Tais normas deverão ser aplicadas automaticamente, diante da produção do resultado que seja atribuível a uma assimetria híbrida nos termos do artigo 2.º. O número 4 do artigo 9.º prevê também um elenco de situações que consubstanciam exceções ao regime.

V. Já o artigo 9.º-A contempla o regime aplicável às assimetrias provocadas por entidades inversas e suas respetivas exceções.

VI. Por sua vez, o artigo 9.º-B é exclusivamente dedicado à neutralização dos resultados produzidos por entidades duplamente residentes.

³¹⁹ Note-se que as soluções preconizadas na Diretiva são conformes às recomendações da OCDE. No entanto, segundo alguns autores, estas soluções demonstram alguma inconsistência, na medida em que, para resultados D/D, encontra-se prevista a recusa da dedução ao nível do investidor, ao passo que para resultados D/NI, a dedução é recusada ao nível do ordenante. Tal deve-se em razão da OCDE propor uma abordagem prática da questão, focada em resultados e respetiva neutralização, e não tanto orientada por princípios de natureza jurídica, contrariamente ao cenário europeu, o qual se encontra delimitado por um quadro normativo, pelo que a transposição para o Direito Europeu deveria ter refletido uma abordagem mais cuidada da questão, cfr. Gijs Fibbe/Ton Stevens, “Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II”, *EC Tax Review*, 2017-3, p. 156.

³²⁰ V. Parágrafo (24) do Preâmbulo da Diretiva ATAD II.

3. O TRATAMENTO FISCAL DAS ASSIMETRIAS HÍBRIDAS

3.1. INSTRUMENTOS FINANCEIROS HÍBRIDOS E TRANSFERÊNCIAS HÍBRIDAS

I. A aplicação do regime da Diretiva ATAD II aos instrumentos financeiros tem como pressuposto o enquadramento desse instrumento no conceito de instrumento financeiro (previsto no artigo 2.º, na alínea j) do terceiro parágrafo do ponto 9)), uma vez verificada a existência de um pagamento dedutível³²¹ não incluído³²² no rendimento tributável do seu destinatário.

II. Nesta medida, para efeitos da Diretiva, será um *instrumento financeiro* qualquer instrumento financeiro que dê origem a um retorno de financiamento ou de capital, o qual é tributado segundo as regras de tributação de dívida, de capital ou de derivados ao abrigo da legislação do beneficiário ou da jurisdição do ordenante e que inclua uma transferência híbrida.

Já não se compreende como tal – entenda-se, como instrumento financeiro para efeitos da Diretiva - se a circunstância de incluir uma transferência híbrida consubstanciar um requisito essencial para a qualificação do instrumento como tal.

Com efeito, tratam-se de figuras dogmaticamente distintas. O instrumento financeiro assume um carácter híbrido em virtude da qualificação a que se encontra sujeito, ao passo que a transferência será híbrida em virtude de um conflito de interpretação que recai sobre os termos do acordo que serve de base à transferência e gera uma diferente atribuição da titularidade do ativo que lhe é subjacente.

Limitar o conceito de instrumento financeiro aos instrumentos que incluem uma transferência híbrida seria excluir *a priori* um conjunto de instrumentos financeiros que, pese embora não integrem uma transferência híbrida, produzem igualmente o mesmo tipo de assimetrias.

A circunstância de uma assimetria híbrida ser imputável a este instrumento tem necessariamente de radicar do conflito de qualificação que recai sobre o instrumento ou o pagamento dedutível que lhe é subjacente, o qual o torna elegível para um desagravamento da dupla tributação ao abrigo da legislação do seu respetivo beneficiário

³²¹ V. alínea d) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³²² V. alínea e) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

(tais como uma isenção, uma taxa reduzida de imposto, um crédito ou reembolso de imposto)³²³. Tal tem por consequência a produção de uma dedução sem a correspondente inclusão para efeitos fiscais desse pagamento na jurisdição do beneficiário³²⁴.

No entanto, para efeitos da Diretiva, o instrumento financeiro também apenas será qualificado como híbrido na medida em que, após verificado o resultado assimétrico, não seja possível demonstrar que o pagamento dedutível subjacente não seja incluído no rendimento tributável do beneficiário dentro de um prazo razoável (*vide* ponto i) da alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º)³²⁵. Trata-se de um critério que possibilita a exclusão, *a priori*, da aplicação do regime dos instrumentos financeiros híbridos, ao ser concedido um “prazo razoável” para que fique demonstrada a efetiva inclusão do pagamento num momento futuro. A norma proporciona assim alguma flexibilidade na sua aplicação e afigura-se consistente com as recomendações da OCDE nesta matéria³²⁶.

Por outro lado, os pagamentos efetuados ao abrigo de um instrumento financeiro não deverão ser tratados como dando origem a uma assimetria híbrida na medida em que o desagravamento fiscal concedido na jurisdição do beneficiário se deve exclusivamente ao estatuto fiscal do contribuinte beneficiário, ou ao facto do instrumento detido estar sujeito às condições de um regime especial³²⁷.

III. Uma vez detetada uma assimetria híbrida provocada por um instrumento financeiro, geradora de uma dedução sem inclusão, o regime da Diretiva poderá ser, em princípio aplicado, sendo que a respetiva neutralização do resultado dá-se por via do número 2 do artigo 9.º, cujo mecanismo assenta na consagração de duas normas inseridas numa estrutura hierárquica, as quais serão subsidiariamente aplicadas, sendo prevalecente a recusa da dedução do pagamento pelo Estado-membro do ordenante, ou a sua inclusão,

³²³ Parágrafo (16) do Preâmbulo da Diretiva ATAD II e ponto ii) da alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³²⁴ Note-se que a jurisdição do beneficiário será aquela onde o pagamento é recebido ou tratado como recebido ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição, neste sentido *vide* conceito de dedução sem inclusão, contemplado na alínea c) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³²⁵ A definição de prazo razoável consta do segundo parágrafo da alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³²⁶ V. *supra* ponto 3.1. do Capítulo II.

³²⁷ Parágrafo (16) do Preâmbulo da Diretiva ATAD II e ponto ii) da alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º. Neste domínio, as recomendações sobre a OCDE poderão servir de auxílio, tendo sido recomendado um teste que parte do apuramento do resultado evidenciado, para concluir se o resultado seria de igual modo obtido independentemente de o pagamento ser efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro, cfr. *supra* 3.1. do Capítulo II.

por parte do Estado-membro do beneficiário, no rendimento tributável deste último, caso a dedução não seja recusada na jurisdição do ordenante.

A presente solução é assim suficientemente abrangente para englobar assimetrias híbridas geradas entre contribuintes de Estados-membros, e também assimetrias entre países terceiros, onde o resultado poderá ser neutralizado em ambas as situações, quer o ordenante esteja situado num Estado-membro, onde a aplicação do regime irá despoletar a norma primária e, por conseguinte, recusar a dedução ao nível do ordenante, quer nas situações em que o ordenante se encontra num Estado terceiro, e o resultado não foi neste último neutralizado, permitindo ao Estado-membro do beneficiário neutralizar o resultado através da inclusão do pagamento dedutível no rendimento deste último.

IV. No entanto, o próprio regime consagra uma exceção de cariz temporário, que concede aos Estados-membros a faculdade de não aplicarem o presente regime a pagamentos de juros a uma empresa associada atendendo a certas características do instrumento, elencadas nos pontos i) a iv) da alínea b) do número 4 do artigo 9.º. Tais características prendem-se, *inter alia*, com características de conversão, capitalização interna, redução e absorção de perdas. Contudo, prevê-se que tal exceção apenas seja aplicável até 31 de dezembro de 2022.

V. À semelhança do preconizado pela OCDE, as transferências híbridas são qualificadas pela Diretiva como um mecanismo para a transferência de um instrumento financeiro em que o retorno subjacente ao instrumento transferido é tratado, para efeitos fiscais, como obtido simultaneamente por mais do que uma das partes nesse mecanismo³²⁸. Estas são igualmente inseridas no conceito de instrumento financeiro, estando sujeitas ao mesmo tratamento fiscal que se encontra previsto para estes últimos e, bem assim, à neutralização da assimetria híbrida com resultado D/NI por via da aplicação do número 2 do artigo 9.º. Encontram-se, no entanto, ressalvados do conceito de assimetria híbrida, as transferências cujos pagamentos sejam efetuados por um operador financeiro³²⁹ ao abrigo de uma transferência híbrida de mercado³³⁰, condição que exclui, *a priori*, a inserção no conceito e se encontra plasmada na alínea a) do segundo parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³²⁸ Definição constante da alínea l) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³²⁹ Definição constante da alínea k) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³³⁰ Definição constante da alínea m) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

Desta forma, sempre que de uma transferência híbrida resultar uma dedução sem inclusão, a assimetria deverá ser neutralizada nos termos do número 2 do artigo 9.º. No entanto, as transferências híbridas são também elas suscetíveis de gerar créditos de imposto excedentários para o imposto retido na fonte sobre o instrumento subjacente. Estes últimos resultados poderão ser anulados através da aplicação do número 5 do artigo 9.º, disposição que obriga o Estado-membro do ordenante a limitar esse crédito excedentário na proporção do rendimento líquido tributável no que respeita a esse pagamento³³¹.

3.2. ENTIDADES HÍBRIDAS

I. Por questões de conformidade com o enquadramento dogmático proposto para entidades híbridas, o presente subcapítulo dispõe acerca do tratamento fiscal que recai sobre as entidades transparentes, sobre as entidades inversas e sobre as entidades duplamente residentes.

As entidades híbridas encontram-se definidas na alínea i) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º. Têm-se assim por entidades híbridas, qualquer entidade ou mecanismo considerado entidade tributável ao abrigo da legislação de uma jurisdição e cujos rendimentos ou despesas sejam tratados como rendimentos ou despesas de uma ou várias outras pessoas³³² ao abrigo da legislação de outra jurisdição.

A definição parece ser suficientemente lata para abranger ambas as entidades transparentes e entidades invertidas, uma vez que a norma não especifica o tratamento fiscal ao qual a entidade se encontra sujeita no Estado onde se encontra situada, referindo apenas um conflito de qualificação entre jurisdições que culmina com a entidade a ser submetida à lei fiscal de outra jurisdição, definição que permite englobar as situações onde a entidade é considerada como opaca no Estado onde se encontra situada, e transparente no Estado com o qual mantém operações (entidade transparente) e situações onde a entidade é qualificada como transparente no Estado onde se encontra situada (entidade inversa).

³³¹ V. também Parágrafo (23) do Preâmbulo da Diretiva ATAD II. Este refere que o presente mecanismo poderá ser acionado inclusive através da aplicação da GAAR constante do artigo 6.º da presente Diretiva.

³³² Considerada em ambas as aceções, isto é, pessoa singular ou uma entidade, cfr. alínea h) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

II. Esta interpretação permite uma melhor compreensão da estrutura híbrida contemplada na alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, que, a nosso ver, trata-se nada mais do que uma repetição do tipo de estrutura prevista para as entidades híbridas inversas, uma vez não se verificando nenhuma correspondência com as estruturas híbridas com recurso a entidades ora estudadas, as quais não preveem a emissão de pagamentos tendo por destinatário entidades híbridas que não sejam entidades inversas, senão vejamos: o pagamento, ao ser efetuado a uma entidade inversa (tida como transparente no local onde encontra situada) permite que o mesmo circule por essa jurisdição sem que, para tal, seja tributado, uma vez que a entidade não existe nessa jurisdição para efeitos fiscais. Por sua vez, o conflito que recai sobre a qualificação dessa mesma entidade num outro Estado gera um conflito de imputação de pagamentos, responsável por produzir um resultado D/NI. Contudo, na eventualidade da entidade híbrida ser transparente (logo, opaca no Estado onde se situa), o pagamento que a esta se encontra destinado não será objeto de um conflito de imputação, uma vez que a entidade é sujeito passivo de imposto no local onde se encontra situada, o que resulta na consideração do pagamento para efeitos fiscais, e não num conflito de imputação que irá atribuir o pagamento a outra entidade. Desta forma, os pagamentos dirigidos a entidades híbridas apenas o são na medida em que o destinatário é uma entidade híbrida inversa, pelo que não se compreende a inserção da figura constante da alínea b), uma vez que se assemelha a uma estrutura que já de si encontra um regime próprio no artigo 9.º-A.

III. As entidades híbridas, mais concretamente, as entidades transparentes, podem figurar em esquemas que produzem assimetrias com resultados D/NI e D/D, ambos previstos na Diretiva. No que respeita aos resultados D/NI, excluindo o resultado D/NI constante da alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, que já mereceu a sua respetiva análise, encontra-se previsto um outro resultado assimétrico, o qual é produzido através de um pagamento efetuado por uma entidade híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão, sendo que a assimetria tem necessariamente de derivar da circunstância do pagamento não ser tido em conta ao abrigo da legislação da jurisdição do destinatário³³³. A presente estrutura híbrida corresponde ao tipo de estruturas com recurso a entidades transparentes estudadas e corresponde, nos termos do Relatório Final

³³³ V. alínea e) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

sobre a Ação 2 da OCDE, às estruturas designadas por *disregarded hybrid payments*, em que a entidade ordenante é uma entidade transparente (*hybrid payer*)³³⁴.

IV. Consequentemente, após enquadramento do esquema na estrutura preconizada na alínea e) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, a assimetria é suscetível de ser neutralizada através da aplicação do disposto no número 2 do artigo 9.º, sempre que a jurisdição do ordenante permitir que a dedução seja compensada com um montante que não seja um rendimento de dupla inclusão³³⁵, nos termos da alínea b) do segundo parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º. Por conseguinte, deverá o Estado-membro onde a entidade se situa recusar a dedução do pagamento, ou incluir o pagamento no rendimento tributável, caso seja o Estado-membro do destinatário e o pagamento tenha permanecido dedutível por inércia do Estado onde se situa a entidade transparente (que poderá ser num outro Estado-membro, ou Estado terceiro). Esta solução consubstancia uma solução idêntica à prevista pela OCDE. À semelhança do que se encontra previsto para outras assimetrias, também aqui se encontram excluídos os resultados assimétricos não atribuíveis à entidade em si, tais como nas situações em que o beneficiário do pagamento se encontra isento de imposto, pelo que o pagamento nunca iria de igual modo ser incluído³³⁶.

Tal norma é aplicável às assimetrias híbridas que sobrevenham entre empresas associadas (note-se que o montante de investimento na entidade aumenta para 50% na situação em apreço, para efeitos da alínea a) do último parágrafo do ponto 4 do artigo 2.º, e o conceito compreende as pessoas que agem conjuntamente quanto ao investimento nessa entidade e também entidades em grupos consolidados, *vide* restantes alíneas do ponto 4) do artigo 2.º) e também a entidades que sejam parte de um entendimento estruturado.

V. Contudo, nas situações em que uma entidade transparente é utilizada no contexto de uma assimetria híbrida, com vista à produção de uma dupla dedução³³⁷, estrutura que se encontra prevista na alínea g) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, poderão estes resultados ser neutralizados por via do número 1 do artigo 9.º, sempre

³³⁴ Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 49.

³³⁵ Definição constante da alínea g) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

³³⁶ Parágrafo (20) do Preâmbulo da Diretiva ATAD II.

³³⁷ Definição constante da alínea b) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

que estejamos diante de uma dedução que seja compensada com um montante que não seja um rendimento de dupla inclusão, nos termos da alínea b) do segundo parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º. As estruturas ora estudadas³³⁸ correspondem à designação *deductible hybrid payments*³³⁹ no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 da OCDE.

Também no caso das situações D/D, o mecanismo de neutralização apresenta uma estrutura hierárquica e subsidiária, estando prevista a negação da dedução por parte do Estado-membro onde se situa o investidor, ou, subsidiariamente recusada na jurisdição do Estado-membro onde se situa o ordenante, diante da inércia do Estado do investidor. No entanto, encontra-se prevista a possibilidade dessa dedução excedentária, que foi objeto de anulação, ser elegível para compensação com rendimento de dupla inclusão, quer sobrevenha num período fiscal atual ou subsequente, nos termos do segundo parágrafo do número 2 do artigo 9.º, em conformidade com as recomendações da OCDE a este respeito³⁴⁰.

A presente disposição, à semelhança das assimetrias D/NI provocadas por entidades transparentes, aplica-se às assimetrias híbridas que sobrevenham entre empresas associadas (note-se que o montante de investimento na entidade aumenta para 50% na situação em apreço, para efeitos da alínea a) do último parágrafo do ponto 4 do artigo 2.º, e o conceito compreende as pessoas que agem conjuntamente quanto ao investimento nessa entidade e também entidades em grupos consolidados (*vide* restantes alíneas do ponto 4) do artigo 2.º), bem como entidades que sejam parte de um entendimento estruturado.

VI. Já as entidades híbridas inversas observam um regime distinto do regime constante do artigo 9.º, o qual se encontra plasmado no artigo 9.º-A.

A aplicação do regime das entidades híbridas inversas pressupõe o preenchimento de três pressupostos essenciais. Em primeiro lugar, exige-se que a entidade híbrida inversa esteja situada (e, por situada, entenda-se constituída ou estabelecida) num Estado-membro, onde é aí sujeita ao regime da transparência fiscal. Em seguida, essa mesma entidade deverá ser detida, de forma agregada, direta ou indiretamente, em 50% ou mais dos direitos de voto, participações no capital ou direitos a uma parte dos lucros dessa

³³⁸ V. *supra* ponto 3.2.1. do Capítulo II.

³³⁹ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 67.

³⁴⁰ *Idem, ibidem.*

entidade híbrida inversa, por uma ou mais entidades associadas, não residentes. Por último, as jurisdições onde se encontram essas entidades não residentes tratam fiscalmente a entidade híbrida inversa como sujeito passivo.

O presente regime apresenta como estatuição, a modificação do tratamento fiscal que recai sobre a entidade híbrida inversa, por parte do Estado-membro onde a mesma se encontra situada. Desta forma, mediante o preenchimento prévio dos pressupostos *supra*, deverá a entidade, outrora sujeita ao regime da transparência fiscal, ser considerada residente desse Estado-membro e conseqüentemente tributada pelo seu rendimento, na medida em que esse rendimento não seja de outro modo tributado ao abrigo da legislação do Estado-membro ou de qualquer outra jurisdição, solução compatível com uma das recomendações da OCDE emitidas a este respeito³⁴¹. A norma visa assegurar que o rendimento que circula por este tipo de entidades é submetido a tributação pelo menos uma única vez, sendo que a mesma é aplicável a todas as entidades consideradas transparentes para efeitos fiscais por um Estado-membro³⁴².

Com efeito, a norma parece aplicar-se de forma transversal a todas as entidades transparentes, sempre que detidas por outras entidades na percentagem acima considerada e sempre que diante da ausência de tributação do seu rendimento em ambas as jurisdições onde os seus investidores se encontram situados.

Tal solução é suscetível de evitar a utilização de entidades inversas, situadas em território europeu, como veículo para a circulação de pagamentos que não observam nenhuma tributação no Estado onde se situa a entidade inversa em virtude da sua transparência. A neutralização do resultado será efetivada sempre que a entidade inversa se situe em território europeu.

No entanto, a norma não prevê nenhuma solução para as circunstâncias em que a entidade inversa se encontra situada num Estado terceiro. Neste sentido, a recharacterização da entidade não consubstancia aqui uma solução viável.

Parece-nos, todavia, que as situações em que o ordenante do pagamento se encontra situado num Estado-membro poderão ser sempre abrangidas pela alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, na medida em que é efetuado um pagamento – que é objeto de um conflito de imputação de pagamentos em virtude do conflito que sobre a entidade híbrida recai - a uma entidade híbrida (definição a qual, como já tivemos

³⁴¹ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, p. 63.

³⁴² V. número 2 do artigo 1.º.

oportunidade de constatar, parece ser aplicada a ambas entidades transparentes e inversas), ainda que situada fora da UE.

De igual forma a Diretiva não apresenta solução para as situações em que os investidores se encontram situados na UE mas a entidade inversa e o ordenante do pagamento que a esta se destina se encontram situados em Estados terceiros. Estas situações podem não ser efetivamente abrangidas por nenhuma norma, na medida em que a norma secundária prevista para a neutralização dos resultados D/NI exige que o pagamento não tenha sido deduzido no Estado do ordenante, e essa verificação não consubstancia uma operação líquida no que respeita aos pagamentos que circulam por entidades inversas.

Tal implicaria que, ainda que o pagamento fosse atribuível à entidade híbrida, os Estados dos investidores, para além de verificarem o tratamento fiscal da entidade por forma a concluírem que o pagamento circulou na sua esfera sem ser objeto de tributação, teriam seguidamente de localizar a entidade ordenante do pagamento e verificar que esse pagamento foi aí dedutível por forma a aplicarem a norma secundária, e incluírem o pagamento no rendimento tributável dos investidores da entidade inversa. Parece existir aqui, com efeito, uma intencional ausência de regulação.

Excetua-se do presente regime os instrumentos de investimento coletivo, cuja definição consta do número 2 do artigo 9.-A.

VII. Por fim, em matéria de entidades híbridas, restam as entidades duplamente residentes, previstas na Diretiva como assimetrias de residência fiscal, no artigo 9.º-B. O conflito de residência gerador de duplas deduções observa formas de resolução distintas, conforme se trate de um conflito de residência ente Estados-membros ou entre um Estado-membro e um Estado terceiro.

Relativamente ao conflito entre Estados-membros, que resulte na dupla dedução de pagamentos, despesas ou perdas da base de ambas as jurisdições, este será resolvido por via da CDT celebrada entre esses Estados-membros, incumbindo ao Estado-membro onde o contribuinte não é considerado residente à luz da convenção recusar a dedução, na medida em que a mesma é compensada a rendimento que não seja de dupla inclusão.

Já no que respeita às assimetrias de residência com países terceiros, o Estado-membro deverá recusar a dedução, na medida em que a outra jurisdição permite que a dupla dedução seja admitida pelo Estado terceiro e compensada a rendimento que não seja de dupla inclusão.

A presente solução é inovadora e não encontra correspondência com as considerações da OCDE emitidas a este respeito.

3.3. ESTABELECIMENTOS ESTÁVEIS HÍBRIDOS

I. Os resultados assimétricos D/NÍ e D/D obtidos através da utilização de estabelecimentos estáveis encontram-se também abrangidos pela Diretiva ATAD II, sendo que as estruturas contempladas correspondem, na sua íntegra, às estruturas identificadas, no âmbito dos trabalhos realizados pela OCDE sobre a temática.

As assimetrias híbridas desta índole encontram-se assim elencadas no primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, alíneas c), d), f) e g).

II. A primeira estrutura encontra-se prevista na alínea c) e corresponde à figura identificada, no âmbito de Relatório da OCDE sobre assimetrias provocadas por estabelecimentos estáveis como *diverted branch mismatches*³⁴³. Tal estrutura tem por base um pagamento que dá origem a resultado assimétrico D/NÍ, atendendo a diferenças de imputação desse mesmo pagamento entre sede e estabelecimento estável, ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis da mesma entidade, ao abrigo da legislação das jurisdições nas quais a entidade opera.

Sempre que do referido conflito resultar uma dedução sem inclusão, em virtude do conflito de imputação causado pela sujeição a diferentes legislações por onde tais entidades operam, estaremos diante de uma assimetria híbrida para efeitos da definição constante do ponto 9) do artigo 2.º, e a situação torna-se elegível para ser objeto de neutralização por via do número 2 do 9.º. Note-se que a circunstância do pagamento não ser incluído no rendimento do beneficiário não pode radicar do estatuto fiscal deste último³⁴⁴.

No que respeita à neutralização, a alínea a) do número 2 do artigo 9.º dispõe no sentido do Estado-membro onde o ordenante se encontrar recusar a dedução do pagamento não incluído no rendimento tributável do seu destinatário. No entanto, na eventualidade da jurisdição do ordenante não recusar a dedução, quer se trate de um outro Estado-membro, ou de um país terceiro, faz despoletar a norma secundária, na alínea b)

³⁴³ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 15 e *supra* ponto 3.4.1. do Capítulo II.

³⁴⁴ Parágrafo (18) do Preâmbulo da Diretiva ATAD II.

do referido artigo, a qual impõe a inclusão do montante do pagamento no rendimento tributável por parte do Estado-membro do beneficiário.

Esta última solução é responsável por suscitar um conjunto de questões relevantes. Com efeito, a norma secundária não apresenta um carácter imperativo, mas sim facultativo. Neste sentido, podem os Estados-membros optar por não aplicarem a presente norma, e conseqüentemente, não incluírem no rendimento tributável do beneficiário o pagamento dedutível, à luz da alínea a) do número 4 do artigo 9.º.

Trata-se de uma faculdade que assiste aos Estados-membros que vem, no fundo, desvirtuar o propósito das normas neutralizadoras dos resultados produzidos por assimetrias híbridas, na medida em que a estrutura normativa de natureza subsidiária tem por objetivo garantir a eficácia da neutralização face à inércia da jurisdição inicialmente incumbida por lei a neutralizar a assimetria. A circunstância de ser concedida tal prerrogativa não só proporciona situações de dupla não tributação não neutralizadas, como também contribui para o reforço e manutenção de resultados assimétricos, os quais, em última instância, por não observarem um tratamento uniforme, acentuam as disparidades particularmente no domínio das transações com países terceiros.

É certo de que a norma secundária apresenta algumas dificuldades de implementação no que respeita à estrutura híbrida em apreço, uma vez que o resultado assimétrico é produzido em virtude do conflito de normas de imputação. Tal conduz a que não exista um beneficiário propriamente definido, dado que o conflito assenta justamente na questão de saber quem corresponde à figura do beneficiário. Conseqüentemente, o apuramento da jurisdição onde o pagamento é tido como recebido não apresenta uma metodologia de resolução fácil: tendo por exemplo uma situação onde o conflito diz respeito à imputação do pagamento entre o Estado da sede e o Estado do estabelecimento estável, o Estado da sede irá atribuir o pagamento ao estabelecimento estável e isentá-lo, ao passo que o Estado do estabelecimento estável atribui o pagamento à sede. Uma vez que a inclusão do pagamento no rendimento tributável pressupõe a identificação do beneficiário, tal identificação torna-se complexa nas circunstâncias acima referidas, porquanto que o conflito aqui visado reside na determinação efetiva do beneficiário.

Uma possível forma de resolução do conflito seria proceder à identificação do beneficiário, com base na legislação da jurisdição da entidade ordenante. Desta forma, o apuramento do beneficiário dar-se-ia por referência a normas que regulam o pagamento no Estado do ordenante e que definem quem corresponde ao beneficiário, limitando-se

assim a exceção constante da alínea a) do número 4 do artigo 9.º a situações em que o pagamento já foi incluído no outro Estado (que pode ser um Estado-membro ou um país terceiro). Porém, a solução encontrada procura resolver o problema permitindo que a dupla não tributação se mantenha, se os Estados assim o entenderem, concedendo uma margem de autonomia na aplicação das normas, não proporcionando uma aplicação coordenada das normas anti-híbridos, quer diante de um cenário intra-UE ou com países terceiros.

III. Outro resultado D/NI suscetível de ser produzido através da utilização de um estabelecimento estável corresponde ao previsto na alínea d) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º. Nos termos da presente disposição, os resultados de dedução sem inclusão decorrentes de pagamentos efetuados a um estabelecimento estável não tido em conta consubstancia uma assimetria híbrida para efeitos do ponto 9) do artigo 2.º.

Por sua vez, o conceito de estabelecimento estável não tido em conta encontra-se definido na alínea n) do terceiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, como “*qualquer mecanismo que seja tratado como dando origem a um estabelecimento estável ao abrigo da legislação da jurisdição da sede e que não seja tratado como dando origem a um estabelecimento estável ao abrigo da legislação da outra jurisdição*”. Trata-se de uma transposição da figura constante do Relatório da OCDE designada por *disregarded branch structure*³⁴⁵, caracterizada pelo conflito de qualificação que recai sobre o estabelecimento estável.

As assimetrias desta índole observam certas especificidades no que respeita à sua adequada neutralização, sendo que a própria aplicação do regime suscita também ela certas dúvidas, uma vez que não é clara a que sequência obedece a neutralização dos efeitos no esquema em apreço.

Em primeiro lugar, a utilização deste tipo de figura culmina com resultados D/NI, sendo desta forma submetida às normas constantes do número 2 do artigo 9.º. À semelhança do previsto para os conflitos de imputação de pagamentos entre estabelecimentos estáveis e sede ou estabelecimentos estáveis do mesmo contribuinte, também aqui o Estado-membro do ordenante deverá recusar a dedução, sendo a norma

³⁴⁵ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 14 e *supra* 3.4.1. do Capítulo II.

secundária de carácter igualmente facultativo, nos termos da alínea a) do número 4 do artigo 9.º.

No entanto, o número 5 do artigo 9.º prevê uma regra especial exclusivamente aplicável a estas situações em particular, a qual exige que o pagamento seja incluído no rendimento tributável da sede, sempre que o rendimento do estabelecimento estável não tido em conta não esteja sujeito a imposto no Estado-membro da sede.

A interação das normas constantes do número 2 e do número 5 do artigo 9.º não se encontra devidamente esclarecida. Com efeito, parece que a norma do número 5 vai no sentido de isolar as situações em que a assimetria decorre da isenção concedida ao rendimento obtido por estabelecimentos estáveis ao nível da sede, situação a qual deverá prevalecer sobre as normas do número 2 do artigo 9.º e deverá assim ser neutralizada por via do número 5 do artigo 9.º.

Porém, não é claro se, existindo outro tipo de situações não cobertas pelo n.º 5, mas conducentes a resultados semelhantes (regimes atípicos), o regime do n.º 2 não deverá ser aplicado, uma vez que os resultados D/NI são tipicamente gerados pela isenção que é concedida ao estabelecimento estável.

Esta solução corresponde à primeira recomendação emitida pela OCDE sobre esta matéria, a qual prevê a limitação das circunstâncias em que as isenções ou outros benefícios são concedidos ao rendimento obtido por via do estabelecimento estável, pelo Estado da sede³⁴⁶.

No entanto, a norma da Diretiva não visa colidir com as isenções que são concedidas em virtude de convenção celebrada com países terceiros, estando a presente situação ressalvada. Tal apenas vigora para assimetrias geradas entre um Estado-membro e um país terceiro, o que permite concluir que, por um lado, observa-se uma prevalência do direito convencional sobre o Direito Europeu, sempre que esteja envolvido um país terceiro e o Estado-membro tenha convencionado com este no sentido de isentar o estabelecimento estável.

Esta solução, que mantém os resultados da assimetria, permite também concluir, “*a contrario*”, que as CDT’s celebradas com Estados-membros não beneficiam da mesma derrogação do regime constante do número 5 da Diretiva, e o regime do número 5 deverá ser aplicado.

³⁴⁶ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 23.

IV. A circunstância de um pagamento teórico ser efetuado entre sede e estabelecimento estável, ou entre estabelecimentos estáveis do mesmo contribuinte torna-se igualmente elegível para a sua qualificação como assimetria híbrida, na aceção da alínea f) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, sempre que a mesma resulte numa dedução sem inclusão.

Este regime observa uma particularidade: à semelhança das situações D/NI e D/D provocadas por uma entidade transparente, também na situação em apreço a assimetria apenas se considera gerada na medida em que a dedução é compensada com rendimento que não seja de dupla inclusão, nos termos da alínea b) do segundo parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

Os pagamentos teóricos correspondem à figura designada por *deemed branch payments*³⁴⁷, prevista no Relatório da OCDE em matéria de estabelecimentos estáveis, cujos resultados produzidos são suscetíveis de serem neutralizados por via do número 2 do artigo 9.º. Desta forma, o Estado-membro onde o ordenante do pagamento teórico se encontra situado deverá recusar a dedução do pagamento não incluído na esfera do seu destinatário, ou, na eventualidade da jurisdição do ordenante não atuar, deverá o Estado-membro do beneficiário incluir esse pagamento teórico no rendimento tributável do beneficiário, se assim o entender (*vide* alínea a) do número 4 do artigo 9.º).

V. Por fim, em matéria de estabelecimentos estáveis abrangidos pela Diretiva, restam os estabelecimentos estáveis geradores de duplas deduções, correspondentes à figura *DD branch payments*³⁴⁸, a qual encontra a sua previsão legal na alínea g) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º.

Trata-se de um esquema idêntico ao das assimetrias híbridas com resultados D/D produzidos por entidades transparentes, pese embora as despesas, pagamentos ou perdas sejam duplamente dedutíveis entre estabelecimento estável e sede, ou outros estabelecimentos estáveis, dedução que é compensada a um montante que não seja um rendimento de dupla inclusão (alínea b) do segundo parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º).

³⁴⁷ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 16 e *supra* ponto 3.4.2. do Capítulo II.

³⁴⁸ OECD (2017) *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2, Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 17 e *supra* ponto 3.4.3. do Capítulo II.

A solução consiste na neutralização do resultado D/D por via do número 1 do artigo 9.º. Neste domínio, incumbe ao Estado da sede aplicar a norma primária e, bem assim, recusar a dedução. No entanto, pode o Estado do estabelecimento estável recusar a dedução, caso o Estado da sede tenha admitido a dupla dedução. Em ambos os casos, qualquer dedução é elegível para compensação com rendimento de dupla inclusão, quer num período fiscal atual como subsequente.

3.4. ASSIMETRIAS HÍBRIDAS IMPORTADAS

I. A Diretiva faz apenas uma breve referência ao tratamento fiscal das assimetrias importadas, nomenclatura que não chegou a ser adotada, sendo tais operações qualificadas como uma assimetria, na medida em que um pagamento efetuado por um contribuinte financie (direta ou indiretamente) despesas dedutíveis que deem origem a uma assimetria híbrida (n.º 3 do artigo 9.º, *ex vi* ponto 9) do artigo 2.º). Com efeito, corresponde aos moldes de uma assimetria importada³⁴⁹, caracterizada pelo aproveitamento de um esquema híbrido por forma a produzir um resultado D/NI indireto.

II. A norma dispõe no sentido de o pagamento dedutível ser recusado, sempre que o ordenante esteja situado num Estado-membro, e se verifique que o resultado não foi objeto de um ajustamento por outra jurisdição. Neste sentido, apenas se encontram abrangidas as operações entre empresas associadas ou entre partes de um entendimento estruturado.

Será uma norma a qual, num cenário de transposição adequada e coordenada das normas anti-híbridos por parte dos Estados-membros, será mais suscetível de ser aplicada a operações realizadas com países terceiros, uma vez que a neutralização da assimetria que deu origem à assimetria importada será, em princípio, suficiente para neutralizar os efeitos por esta produzidos.

³⁴⁹ V. *supra* 3.3. do Capítulo II.

CONCLUSÕES

1. A Diretiva ATAD I e a Diretiva ATAD II representam a primeira grande transposição para o Direito Europeu do quadro de medidas concebidas no âmbito da iniciativa da OCDE designada por Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).
2. O fenómeno BEPS tem origem na interação dos sistemas fiscais dos Estados e nas oportunidades, que por via das lacunas e disparidades, permitem a certos contribuintes, designadamente multinacionais, reduzir a sua base tributária, o que, conseqüentemente, afeta a receita fiscal dos Estados.
3. O Projeto ocupou-se do estudo e funcionamento de estruturas que exploram as diferenças entre sistemas fiscais, e tem por objetivo dar uma resposta às complexas estratégias de planeamento que se afiguram nocivas para os Estados, através da criação de novos padrões de tributação, suscetíveis de proporcionar o ajustamento do modelo atual de tributação internacional a estes desafios.
4. Entre as matérias abordadas constam, *inter alia*, as assimetrias híbridas, os preços de transferência, as regras CFC, os estabelecimentos estáveis e o abuso de CDT's.
5. O planeamento fiscal agressivo consiste num fenómeno não legalmente previsto, pese embora apresente autonomia dogmática face ao conceito de abuso e de evasão fiscal. No entanto, observa-se uma progressiva delimitação positiva do conceito, já que existe um conjunto de esquemas que são qualificados como planeamento fiscal agressivo. Por razões de segurança jurídica, o conceito de planeamento fiscal agressivo deverá ver o seu âmbito ser reduzido às figuras existentes.
6. O Pacote Antielisão Fiscal é um conjunto de iniciativas legislativas e não legislativas que têm por objetivo tornar a tributação das sociedades na UE mais eficaz e justa, através do reforço das regras contra a elisão fiscal, e tem por base as recomendações emitidas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS.
7. De entre as iniciativas legislativas do Pacote Antielisão Fiscal, destaca-se a Proposta de Diretiva Antielisão Fiscal, a qual visa combater as práticas de elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo em domínios específicos onde as práticas elisivas e de planeamento fiscal agressivo são frequentemente evidenciadas, prevendo um quadro legislativo para regular matérias tais como dedutibilidade

- dos juros, tributação à saída, cláusula de *switch over*, regra geral antiabuso, regras relativas a CFC's e um quadro para enfrentar as assimetrias híbridas (artigo 10.º).
8. O quadro da Diretiva proposta procura estabelecer um padrão mínimo de proteção (cláusula *de minimis*, artigo 3.º), que visa garantir a coerência a nível europeu na regulação das matérias *supra*, ao vincular os Estados-membros ao cumprimento de um padrão mínimo, sendo admitida a regulação num sentido mais restrito.
 9. A regra de tributação à saída, a cláusula de *switch-over* e a GAAR constituem propostas legislativas que partem da iniciativa exclusiva da UE, não baseadas nas recomendações da OCDE.
 10. No cômputo geral, a Proposta apresentada traduz um quadro normativo que peca pela sua ambiguidade, uma vez que estabelece um padrão mínimo, cuja terminologia adotada assenta na introdução de novos conceitos vagos que proporcionam diferentes interpretações, sendo que muitos destes conceitos dizem respeito a matérias igualmente objeto de tratamento pela legislação dos Estados-membros.
 11. Por conseguinte, a ausência de conceitos determinados não proporciona uma aplicação uniforme das normas constantes da Proposta, a qual pode consubstanciar um desafio, mormente no que respeita à interpretação dos novos conceitos constantes da GAAR, regras CFC e dedutibilidade de juros.
 12. Mais acresce que a cláusula de *switch over* foi amplamente contestada, uma vez tida como não percussora da ideia de que a tributação dos lucros deve ocorrer no local onde estes são gerados e se apresenta potencialmente violadora das Liberdades Fundamentais do Tratado. A sua interação com as regras CFC também não se encontra devidamente esclarecida.
 13. Em matéria de assimetrias híbridas e na linha das recomendações da OCDE no âmbito da Ação 2 do BEPS, foi proposta a introdução de normas de conexão designadas por *linking rules*, orientadas em função da verificação de um resultado. Uma vez diante da produção de um resultado D/NI ou D/D, provocado quer por entidades híbridas e estabelecimentos estáveis ou instrumentos financeiros híbridos, os mesmos deverão ser neutralizados, sendo o tratamento alinhado por via da requalificação da figura híbrida em função do tratamento a que se encontra sujeita no Estado da fonte, por parte do Estado de residência.

14. A solução consagrada não se encontra conforme com a estrutura recomendada para as *linking rules* constantes do Relatório sobre a Ação 2, as quais objetivam exclusivamente neutralizar o resultado sem que, para tal, um Estado tenha que adotar a qualificação dada pelo outro Estado.
15. Acresce que a norma assenta numa fórmula cujo conteúdo se afigura de difícil interpretação para o intérprete e é insuficiente para abranger todas as figuras previstas no Relatório e respetivos resultados.
16. A norma proposta que objetiva neutralizar os resultados D/NI provocados por entidades híbridas e estabelecimentos estáveis, bem como instrumentos financeiros, corresponde à norma prevista como secundária no âmbito do Relatório sobre a Ação 2.
17. As regras em matéria de assimetrias híbridas consubstanciam uma cláusula geral cuja estrutura se afigura insuficiente para neutralizar os resultados assimétricos provocados pelas várias figuras híbridas existentes, na medida em que a matéria em si requer uma regulação composta por um corpo normativo mais extenso e de carácter específico, orientadas para diferentes estruturas responsáveis por gerar assimetrias híbridas.
18. A cláusula anti-híbridos constante da Proposta visa aplicar-se exclusivamente a Estados-membros da UE, o que torna suscetível de colocar as operações intra-UE numa situação de desvantagem face a países terceiros.
19. A Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (designada por ATAD I) consiste no primeiro instrumento de combate a práticas nocivas para a tributação europeia de carácter vinculativo e transversal da UE.
20. Por conseguinte, observa-se que a transferência para a UE de um vasto elenco de competências em diferentes áreas da tributação de sociedades resulta numa redução da soberania fiscal dos Estados-membros, que neste sentido manifestaram unanimemente a sua vontade com a aprovação da presente Diretiva. Tal reflete a urgência dos Estados-membros em adotar medidas coordenadas no combate à elisão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo.
21. A sua estrutura sectorial resulta na imposição do cumprimento de padrões mínimos de regulação nos mais variados domínios, nomeadamente dedutibilidade de juros, tributação à saída, regra geral antiabuso, regras relativas a CFC's e um

- quadro para enfrentar as assimetrias híbridas, e distingue-se pela sua natureza regulatória, contrariamente às Diretivas já em vigor na UE, as quais preveem a concessão de benefícios.
22. A Diretiva sofreu alterações face à proposta, nomeadamente a consagração de um elenco de definições mais extenso, o qual proporciona uma melhor interpretação dos novos conceitos aí consagrados.
 23. A cláusula de *switch over* foi excluída do texto da Diretiva ATAD I, face à suscetibilidade de colocar em risco a soberania dos Estados-membros.
 24. Mais acresce que as matérias reguladas foram objeto de reformulação, apresentando uma redação mais elaborada e clara em vários domínios da dedutibilidade de juros.
 25. Já no que respeita à GAAR, pese embora a sua reformulação tenha resultado numa redação mais compatível com a redação das normas especiais antiabuso de outras Diretivas e com a jurisprudência do TJUE, ainda assim predominam conceitos vagos que proporcionam diferentes interpretações.
 26. As regras CFC aprovadas observam requisitos de aplicação mais reduzidos e o seu âmbito subjetivo foi ampliado. A norma especial antiabuso constante do regime aprovado para CFC's foi reformulada para uma redação mais esclarecedora.
 27. Face à redação da Proposta, a Diretiva aprovada estabelece um regime que oscila entre imposições normativas de Direito Europeu e o exercício discricionário por parte dos Estados-membros no que concerne a determinadas matérias, nomeadamente no que respeita à tributação à saída e às normas CFC, e até mesmo à dedutibilidade de juros, por via da remissão de muitas destas disposições para o direito interno dos Estados-membros.
 28. O acordo alcançado reflete o compromisso assumido entre as Instituições Europeias e os Estados-membros no sentido do equilíbrio entre a competência da União e a soberania dos Estados-membros.
 29. O conceito de assimetria híbrida foi inserido no Preâmbulo da Diretiva, encontrando-se aí prevista a descrição de entidades e instrumentos financeiros para efeitos da aplicação da norma.
 30. As regras referentes às assimetrias híbridas foram alvo de modificação. No entanto, a Diretiva ATAD I, revelou-se insuficiente na neutralização de todo o

- tipo de assimetrias analisadas no âmbito da Ação 2 do BEPS, consagrando uma cláusula ainda mais vaga e abstrata.
31. Neste sentido, abandonou-se o mecanismo de alinhamento da qualificação, tendo por referência a qualificação dada por um dos Estados-membros envolvidos na assimetria híbrida, para se adotar um mecanismo de neutralização movido em função de um resultado.
 32. Acresce que a redação constante da Diretiva ATAD I, pese embora mais esclarecedora, consubstancia uma cláusula ainda mais geral que a prevista na Proposta, orientada para a produção de um resultado, e, por conseguinte, desprovida de uma multiplicidade de elementos relevantes para a sua aplicação tais como conceitos, âmbito subjetivo e âmbito objetivo devidamente definidos.
 33. A neutralização foi também modificada, prevendo-se como norma primária para a recusa da dedução pelo Estado-membro da entidade ordenante (contrariamente ao proposto), solução que se afigura em conformidade com as recomendações da OCDE a este respeito.
 34. No entanto, quanto aos resultados D/D, a norma primária aprovada distancia-se da solução prevista no âmbito da Proposta, ao prever que a dedução seja recusada pela entidade ordenante, contrariamente ao proposto, bem como desconforme ao recomendado pela OCDE, no Relatório sobre a Ação 2.
 35. A solução aprovada corresponde assim à norma secundária prevista para resultados D/D provocados por entidades transparentes e duplamente residentes, sendo que estas últimas não se encontram mencionadas na Diretiva, sendo que o mesmo sucede com os estabelecimentos estáveis, assimetrias importadas e inversas.
 36. Uma vez consubstanciando normas orientadas para a neutralização de resultados, não se procede à adequada distinção da fonte geradora da assimetria. Desta forma, parte-se do pressuposto que não apenas entidades híbridas, como também instrumentos financeiros híbridos, são suscetíveis de produzir resultados D/D e D/Ni. No entanto, tal solução afigura-se contrária aos estudos realizados pela OCDE, onde se considera que os instrumentos financeiros híbridos são apenas suscetíveis de gerar resultados D/Ni.
 37. O âmbito subjetivo do regime do artigo 9.º passa a ter previsão legal no artigo 2.º. Neste sentido, o novo ponto 9) vem delimitar o conceito de assimetria híbrida e

- faz referência a empresas associadas e entendimentos estruturados, porém tais definições não observam nenhum desenvolvimento.
38. No que respeita às entidades híbridas, é criado um regime especial para empresas associadas suscetíveis de serem sujeitas aos princípios do artigo 9.º. Tal regime encontra-se previsto no ponto 4) do artigo 2.º, e impõe o requisito de 50% de investimento (face ao requisito geral de 25%), para efeitos de aplicação dos princípios, sempre que esteja envolvida uma entidade híbrida.
 39. À exceção do conceito de empresas associadas, constante do artigo 4.º, a ausência de esclarecimento face ao que consiste um entendimento estruturado colocam sérias dúvidas quanto ao alcance do âmbito subjetivo do regime.
 40. Nesta medida, verifica-se uma evolução face ao texto da proposta, uma vez que as normas se apresentam de redacção mais esclarecedora que a redacção anteriormente consagrada.
 41. Também o âmbito subjetivo surge mais definido, ao ser contemplada a definição de “assimetria híbrida” e instituído um regime especial para a qualificação de um contribuinte como “empresa associada” para efeitos de aplicação das normas anti-híbridos.
 42. Os estabelecimentos estáveis deixaram de se encontrar previstos e, bem assim, sujeitos aos princípios do artigo 9.º
 43. Verifica-se a adoção de uma cláusula geral, inadequada para a presente temática, onde se afigura necessária a implementação de um regime composto por normas específicas.
 44. A Diretiva ATAD I determina uma mudança de paradigma no domínio da tributação de sociedades, na medida em a União Europeia doravante detém competência regulatória sobre um vasto elenco de matérias, ao fixar padrões mínimos de tributação cujo cumprimento será submetido ao escrutínio do Tribunal de Justiça.
 45. A Diretiva cumpre com o requisito da subsidiariedade, uma vez que a aplicação coordenada de um quadro legislativo de combate ao planeamento fiscal agressivo e ao abuso intra comunitário requer uma abordagem coordenada.
 46. Já no que respeita ao princípio da proporcionalidade, nomeadamente na sua vertente da necessidade, não parece que a Diretiva se afigure indispensável na prossecução dos objetivos de combate à elisão fiscal e ao planeamento fiscal

- agressivo, dado que não existe forma de saber se o regime da Diretiva deverá prevalecer como a melhor alternativa face a outras soluções igualmente viáveis.
47. A Diretiva ATAD II procedeu a uma reestruturação da cláusula anti-híbridos outrora prevista no artigo 9.º da Diretiva ATAD I, introduzindo um verdadeiro regime jurídico europeu em matéria de assimetrias híbridas, composto por diferentes normas, especificamente, orientadas para a neutralização dos resultados provocados pelas várias figuras híbridas estudadas no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 da OCDE.
 48. Ainda em matéria de assimetrias híbridas, foi aditado o artigo 9.º-A e 9.º-B e acrescentadas novas definições ao artigo 2.º, artigo este que assume um carácter instrumental face à aplicação do regime anti-híbridos.
 49. Foram também introduzidas algumas modificações à norma relativa à dedutibilidade de juros.
 50. Observa-se a transição de uma cláusula geral para um regime composto por normas especiais, facto que demonstra o desconforto do legislador europeu com a adoção de uma cláusula geral, manifestamente insuficiente para neutralizar todas as assimetrias híbridas identificadas.
 51. O âmbito de aplicação da Diretiva torna-se extensível a assimetrias híbridas geradas com países terceiros.
 52. A Diretiva consubstancia uma autêntica transposição, para uma única norma, das recomendações emitidas pela OCDE no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 e do Relatório sobre as assimetrias híbridas com estabelecimentos estáveis (*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*).
 53. Os Relatórios *supra* são, inclusive, fonte de interpretação privilegiada, conforme referido no Preâmbulo da Diretiva ATAD II.
 54. Desta forma, o regime constante da Diretiva objetiva neutralizar as assimetrias híbridas decorrentes de instrumentos financeiros e transferências híbridas, entidades transparentes, estabelecimentos estáveis, entidades duplamente residentes, assimetrias inversas e importadas.
 55. A Diretiva aplicar-se-á a todos os contribuintes sujeitos a imposto sobre sociedades num Estado-membro, aos estabelecimentos estáveis, independentemente do Estado onde se situa a sua respetiva sede e às entidades

- transparentes, para efeitos de aplicação da norma anti-híbridos relativa às assimetrias inversas, prevista no artigo 9.º-A.
56. A Diretiva ATAD II implementou um quadro geral em matéria de assimetrias híbridas onde se encontram plenamente definidos os seus destinatários, as categorias de assimetrias híbridas, os elementos que compõem a assimetria híbrida, os resultados, as normas aplicáveis e as exceções à norma.
 57. As assimetrias híbridas constam atualmente como uma prática de planeamento fiscal agressivo que observa tratamento jurídico a nível europeu.
 58. Tem-se por assimetria híbrida, o resultado de dupla não tributação proporcionado pelo conflito de qualificação de um instrumento, transferência, entidade ou estabelecimento estável, ou de um conflito de imputação de pagamentos.
 59. As assimetrias híbridas são compostas pelos seguintes elementos: a existência de disparidades, o conflito de qualificação, o alcance de um resultado e a existência de um nexo de causalidade entre as partes.
 60. As disparidades fiscais resultam do exercício em paralelo de competências fiscais de vários Estados e proporcionam assimetrias híbridas, uma vez que sobre o mesmo elemento recai um tratamento fiscal diferente, originado pela incidência simultânea de várias legislações a operações transfronteiriças.
 61. Até à aprovação da Diretiva ATAD II, todo o tipo de disparidades se encontrava fora do campo de atuação do Tribunal de Justiça. A entrada em vigor da Diretiva determinou a competência do Tribunal para regular disparidades em matéria de assimetrias híbridas e tornou a presente temática numa questão de Direito Europeu.
 62. O diferente tratamento fiscal, oferecido por várias jurisdições, que recai sobre um dado elemento, dá origem a um conflito de qualificação. O carácter híbrido de um dado elemento resulta na circunstância do conflito de qualificação resultar numa situação de dupla não tributação.
 63. O conflito de qualificação terá natureza objetiva, na medida em que assenta na qualificação de um instrumento/transferência ou imputação de um pagamento.
 64. Por sua vez, o conflito de qualificação terá natureza subjetiva, sempre que tenha origem no estatuto fiscal do contribuinte (transparência, residência). No caso das entidades duplamente residentes, a assimetria deriva de um conflito de residência positivo, que culmina com a mesma qualificação da entidade, destacando-se das restantes figuras híbridas, sujeitas a qualificações distintas.

65. Os estabelecimentos estáveis podem resultar de conflitos de natureza objetiva (respeitantes a imputação de pagamentos que circulam pelo estabelecimento estável) e também subjetiva (existência ou não de estabelecimento estável).
66. Os resultados provocados por estes conflitos de qualificação correspondem a duplas deduções (D/D), deduções sem inclusão no rendimento (D/NI), deduções sem inclusão indiretas (D/NI indireto) e créditos extra de imposto.
67. Neste sentido, as *linking rules* recomendadas no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 do BEPS visam neutralizar tais resultados, assentando numa estrutura subsidiária, prevendo-se a neutralização do resultado por parte de um Estado, por aplicação da norma primária, e na eventualidade desse Estado não proceder à devida neutralização, a aplicação da norma secundária pelo outro Estado.
68. Por fim, é necessária a existência de um nexo de causalidade entre as partes e a assimetria suscetível de imputar os efeitos da assimetria aos contribuintes que se encontram por detrás do presente esquema de dupla não tributação.
69. A determinação de um nexo entre as partes e a assimetria dá-se por via da verificação de indicadores, os quais podem assumir a forma de indicadores objetivos ou subjetivos.
70. Tais critérios de conexão podem ser objetivos e correspondem aos critérios utilizados na determinação da existência de um “entendimento estruturado”, nos termos do Relatório sobre a Ação 2 do BEPS, conceito que permite determinar a existência de um nexo de causalidade entre as partes e a assimetria sem que, para tal, as empresas necessitem de se encontrar relacionadas por intermédio de um vínculo de investimento.
71. Tais critérios objetivos traduzem-se numa análise dos factos e circunstâncias inerentes à assimetria, dos termos do acordo que lhe serve de base, do retorno económico subjacente, dos passos e transações incorridos, da circunstância da assimetria ser comercializada como um determinado produto, ou ser publicitada a determinados tipos de contribuintes alvo, da faculdade de alteração dos termos do acordo a qualquer momento sem que tal se afigure um prejuízo para as partes e da aparente inviabilidade económica da transação, não fosse a existência de uma vantagem económica.
72. Por sua vez, os critérios de conexão de natureza subjetiva correspondem aos critérios utilizados no preenchimento do conceito de “partes relacionadas”, conceito também consagrado no âmbito do Relatório sobre a Ação 2 do BEPS.

73. Tais critérios apoiam-se no vínculo decorrente do investimento entre as partes envolvidas, o qual se dá por via da percentagem da participação, dos direitos de voto, fixado num valor igual ou superior a 25% e abrangendo participações diretas e indiretas.
74. Para efeitos de preenchimento dos critérios, pode o contribuinte deter o investimento no valor *supra* numa sociedade, ou um terceiro deter tal valor em ambas. No caso de entidades cujo investimento não se mede por via de um valor de participação ou direitos de voto, como é o caso de *trusts*, *joint-ventures* e parcerias, será nos termos do documento constitutivo destas entidades que deverá ser determinada a existência, ou não, de controlo.
75. Também será estabelecido um nexo de causalidade por via da existência de sujeição de uma sociedade a controlo efetivo, em virtude de integrar o mesmo grupo consolidado.
76. O nexo de causalidade será extensivo a terceiros que estão diretamente conectados com o contribuinte, que configura parte integrante na assimetria, na medida em que exerça uma influência significativa na participação ou direitos de voto (relações especiais). O vínculo familiar pode também ser indicativo da existência de uma influência na gestão da participação ou controlo sobre o contribuinte que é parte da assimetria.
77. No âmbito do Relatório sobre a Ação 2 do BEPS, a OCDE identificou as seguintes figuras híbridas: instrumentos financeiros e transferências híbridas, entidades híbridas inversas, pagamentos duplamente dedutíveis e pagamentos desconsiderados (cujos resultados são gerados por entidades transparentes), assimetrias importadas e entidades duplamente residentes.
78. Já os estabelecimentos estáveis foram objeto de estudo no Relatório intitulado *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, no âmbito do qual foram identificadas estruturas híbridas com alguma semelhança em particularidade com as entidades inversas e as entidades duplamente residentes, bem como estruturas importadas, onde se verifica o recurso à figura do estabelecimento estável por forma a obter resultados idênticos de dupla não tributação.
79. Por questões de enquadramento dogmático, no âmbito da presente dissertação, as assimetrias híbridas foram agrupadas nas seguintes categorias: instrumentos financeiros e transferências híbridas, entidades híbridas (cujo conceito agrega as

- entidades transparentes, as entidades inversas e as entidades duplamente residentes), as assimetrias importadas e os estabelecimentos estáveis híbridos.
80. Os instrumentos financeiros híbridos resultam de um conflito de qualificação do instrumento em dívida/capital/derivativos. Os pagamentos efetuados ao abrigo de tais instrumentos financeiros são dedutíveis ao nível do ordenante e não incluídos no rendimento tributável do destinatário (D/NI).
 81. As transferências híbridas consubstanciam uma subcategoria dos instrumentos financeiros híbridos e correspondem a transferências de instrumentos financeiros cujo tratamento fiscal discrepante resulta num conflito de atribuição da titularidade do ativo que serve de base à transferência, sendo responsáveis por produzir os mesmos resultados D/NI que os instrumentos financeiros, e também créditos extra de imposto.
 82. A neutralização dos resultados assimétricos provocados por instrumentos financeiros e transferências observa, como primeira recomendação, a limitação de regimes que concedem isenções, créditos e taxas reduzidas a dividendos a pagamentos que não são dedutíveis na esfera do ordenante.
 83. Como norma primária, é recomendada a negação da dedução por parte do Estado do ordenante.
 84. Por sua vez, a norma secundária consiste na inclusão no rendimento tributável do destinatário do pagamento dedutível na esfera do ordenante.
 85. As entidades híbridas resultam de um conflito de qualificação que recai sobre o estatuto fiscal da entidade, o qual pode dizer respeito a questões de transparência ou residência, e a assimetria dá-se na medida em que o valor da dedução seja compensado a rendimento duplamente não incluído em ambos os Estados.
 86. As entidades transparentes são tratadas como transparentes por um Estado, e opacas no Estado onde se encontram sediadas. Por sua vez, os pagamentos que por estas circulam são dedutíveis no Estado do emissor e desconsiderados no Estado do destinatário (D/NI), ou duplamente dedutíveis (D/D).
 87. A norma primária orientada para a neutralização dos resultados D/NI provocados por entidades transparentes consiste na negação da dedução por parte do Estado onde se situa a entidade transparente.
 88. Já a norma secundária ordena a inclusão do pagamento no rendimento tributável do respetivo destinatário.

89. Para os resultados D/D, a norma primária recomendada vai no sentido de negar a dedução no Estado da sociedade-mãe da entidade transparente.
90. A norma secundária prevista para este tipo de resultados ordena a recusa da dedução por parte da entidade transparente que emite o pagamento.
91. As entidades inversas compreendem uma outra categoria de entidades híbridas e são derivadas das entidades transparentes, uma vez que o conflito de qualificação assenta igualmente em questões de transparência.
92. No entanto, a entidade é qualificada como transparente no local onde se encontra situada e como opaca num outro Estado. Os pagamentos que circulam por estas entidades são dedutíveis ao nível do ordenante e não incluídos no rendimento tributável do destinatário.
93. No domínio das entidades inversas, é recomendado um maior condicionamento da concessão do regime de transparência fiscal, por forma a assegurar que os pagamentos auferidos por essas entidades não são alocados para outras jurisdições onde não são, nestas últimas, sujeitos a tributação.
94. No entanto, é também recomendada uma *linking rule*, a qual objetiva que o Estado, onde se situa o ordenante do pagamento, negue a dedução desse pagamento, uma vez comprovado que o mesmo não é sujeito a tributação em nenhuma das jurisdições para onde se destina.
95. Por fim, as entidades duplamente residentes constituem também uma outra categoria de entidades híbridas, as quais são objeto de um conflito de residência de natureza positiva, o que lhes permite que a mesma despesa, gasto ou pagamento seja dedutível em ambos os Estados onde é considerada residente, sendo compensada a rendimento não incluído em ambas as jurisdições.
96. No que respeita às entidades duplamente residentes, a OCDE recomenda que ambas as jurisdições neguem a dedução, permitindo que a dedução seja compensada a rendimento duplamente não incluído.
97. Os pagamentos dedutíveis emitidos ou recebidos por entidades híbridas correspondem, nos casos D/NI, a pagamentos associados a serviços, juros, *royalties*, rendas, bem como a outro tipo de montantes suscetíveis de serem deduzidos do rendimento tributável aquando da sua realização. Nos casos D/D, acrescem às despesas *supra*, as amortizações e depreciações.
98. As assimetrias importadas permitem o aproveitamento de uma estrutura híbrida já concebida, por forma a que um pagamento seja dedutível na esfera do ordenante

e compensado (direta ou indiretamente) a uma dedução reclamada no âmbito de uma estrutura híbrida. O pagamento importado é dedutível na esfera do ordenante, e correspondentemente incluído na esfera do destinatário, no entanto, a circunstância de ser compensado por uma dedução híbrida que esse destinatário reclama no âmbito do esquema faz com que, em última instância, seja um pagamento duplamente não tributado.

99. Tratam-se, deste modo, de assimetrias de natureza derivada, uma vez que o pagamento importado por si só, insuficiente para gerar o resultado D/NI indireto.
100. Os pagamentos dedutíveis por via da assimetria importada normalmente correspondem a pagamentos de rendas, serviços, juros ou *royalties*, estando excluídas as alienações de ativos.
101. A solução recomendada vai no sentido de proibir a dedução do pagamento importado, cujo rendimento é, na esfera do destinatário, compensado por uma dedução reclamada ao abrigo de uma estrutura híbrida, sendo que existem três principais métodos para apurar a existência de um pagamento importado.
102. Os mesmos resultados de dupla não tributação (D/D, D/NI e D/NI indireto) são suscetíveis de serem provocados pela utilização da figura do estabelecimento estável.
103. Neste sentido, a OCDE publicou em 2017 um Relatório dedicado às assimetrias híbridas relacionadas com estabelecimentos estáveis, designado por *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*.
104. No âmbito do referido relatório foram identificadas as seguintes estruturas: estabelecimentos estáveis desconsiderados (*disregarded branch structure*), as estruturas desviadas (*diverted branch payments*), os pagamentos teóricos efetuados por estabelecimentos estáveis (*deemed branch payments*), os pagamentos duplamente dedutíveis e as estruturas importadas.
105. Os estabelecimentos estáveis desconsiderados (*disregarded branch structure*) resultam de um conflito de qualificação de natureza subjetiva, uma vez que assentam na divergência de critérios utilizados para a qualificação do contribuinte como um estabelecimento estável e produzem resultados D/NI, sendo o pagamento efetuado ao estabelecimento estável não incluído no rendimento tributável do estabelecimento estável, nem no rendimento tributável da sede.
106. As estruturas desviadas (*diverted branch payments*) derivam de um conflito de

natureza subjetiva, uma vez que dizem respeito a imputação de pagamentos, aproveitando-se de um conflito de competência negativo, dado que nenhuma das jurisdições envolvidas se considera competente para tributar e produzem resultados D/NI, sendo o pagamento não incluído nem na jurisdição do estabelecimento estável, nem na jurisdição da sua respetiva sede.

107. Estas estruturas requerem a participação de três contribuintes em três jurisdições diferentes (a jurisdição do ordenante, a jurisdição do estabelecimento estável e a jurisdição da sede), sendo que todos constam como partes integrantes na assimetria.
108. A solução prevista para neutralizar os efeitos provocados pela utilização das figuras *supra* traduz-se na recusa da dedução, por parte do Estado onde se situa o ordenante, do pagamento por este efetuado, na medida em que corresponde a um pagamento não incluído na esfera do destinatário.
109. Os pagamentos teóricos efetuados por estabelecimentos estáveis (*deemed branch payments*) assentam na divergência interpretativa quanto a um pagamento, o qual é responsável por gerar um pagamento teórico dedutível ao nível do estabelecimento estável, e não incluído no rendimento tributável da sede.
110. No âmbito da figura *supra*, as partes envolvidas estão apenas situadas em duas jurisdições (a do estabelecimento estável, e a da sede). O ordenante do pagamento não é necessariamente parte envolvida no esquema.
111. A solução recomendada vai no sentido de negar a dedução do pagamento teórico no Estado onde se situa o estabelecimento estável, na medida em que o mesmo não é incluído no rendimento tributável da sede por via da divergência interpretativa face a esse mesmo pagamento.
112. Os pagamentos dedutíveis no âmbito de resultados D/NI correspondem a despesas relacionadas com pagamentos de juros, serviços, rendas, *royalties*, estando, porém, excluídas amortizações, depreciações e aquisições de capital.
113. Os estabelecimentos estáveis são suscetíveis também de gerar resultados D/D, na medida em que ambos o Estado da sede e o Estado do estabelecimento estável concedem uma dedução pelas mesmas despesas, sendo que o Estado da sede isenta o rendimento proveniente do estabelecimento estável, o que resulta na dedução ser compensada a rendimento que não é tributado em ambas as jurisdições.
114. Os pagamentos aqui considerados correspondem a pagamentos, gastos ou

- despesas, relativos a rendas, juros, *royalties* ou serviços, e também depreciações e amortizações.
115. A solução recomendada assume aqui uma estrutura subsidiária. A norma primária visa neutralizar o resultado por via da recusa da dedução por parte do Estado da sede.
 116. Subsidiariamente, deverá a norma secundária atuar, proibindo a dedução por parte do Estado onde se situa o estabelecimento estável.
 117. As assimetrias importadas podem também produzir resultados D/NI indiretos através da compensação do rendimento proveniente de um pagamento importado a uma dedução incorrida no âmbito de um esquema com recurso a um estabelecimento estável.
 118. Os pagamentos importados correspondem, geralmente, a pagamentos de serviços, juros, rendas ou *royalties*, estando, porém, excluídas compensações por alienações de ativos.
 119. A solução recomendada traduz-se na recusa da dedução do pagamento importado, na medida em que é compensado por uma dedução híbrida reclamada no âmbito de uma estrutura híbrida com recurso a um estabelecimento estável.
 120. A Diretiva ATAD II apresenta como âmbito objetivo pagamentos dedutíveis, suscetíveis de produzir resultados D/D, D/NI, D/NI indiretos e créditos extra de imposto, gerados através de estruturas qualificáveis como assimetrias híbridas.
 121. Note-se que o resultado D/NI indireto não encontra referência expressa na Diretiva, pese embora o mesmo seja identificável no n.º 3 do artigo 9.º da Diretiva ATAD II.
 122. Os resultados D/NI abrangidos pela Diretiva ATAD II sobrevivem de assimetrias com recurso a instrumentos financeiros híbridos (alínea a) do 1.º parágrafo ponto 9) do artigo 2.º) e transferências híbridas (alínea l) do 3.º parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º), entidades transparentes (alínea e) do 1.º parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º), entidades inversas (artigo 9.º-A) e estabelecimentos estáveis (alíneas c), d) e f) do 1.º parágrafo do ponto 9.º do artigo 2.º).
 123. Os resultados D/D sobrevivem de assimetrias com recurso a entidades transparentes ou estabelecimentos estáveis (alínea g) do 1.º parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º) e entidades duplamente residentes (artigo 9.º-B).
 124. Os resultados D/NI indiretos sobrevivem de assimetrias importadas (alínea a) do 1.º parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º e n.º 3 do artigo 9.º).

125. A dupla produção de créditos de imposto sobrevém de assimetrias decorrentes de transferências híbridas (n.º 6 do artigo 9.º).
126. O regime anti-híbridos é subjetivamente aplicável a empresas associadas (cujo conceito abrange terceiros que exerçam influência direta sobre a participação da parte envolvida na assimetria e grupos consolidados para efeitos fiscais), grupos controlados, sede e estabelecimento estável (ou entre estabelecimentos estáveis do mesmo contribuinte) e entendimentos estruturados.
127. O conceito de entendimento estruturado não se encontra devidamente definido e deverá, para efeitos de segurança jurídica, ser preenchido com recurso ao conceito de entendimento estruturado preconizado pela OCDE.
128. O requisito de 50% de participação no capital ou nos direitos de voto mantém-se apenas previsto para estabelecimentos estáveis híbridos (alíneas c), d), f) e g) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), entidades híbridas, mais concretamente, as entidades transparentes suscetíveis de produzir resultados D/D (alínea g) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), e a entidades híbridas inseridas em esquemas D/NI por receção de um pagamento alvo de um conflito de imputação de pagamentos (alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), as assimetrias importadas (n.º 3 do artigo 9.º) e as assimetrias inversas (artigo 9.º-A).
129. “*A contrario*”, o requisito de 25% manter-se-á para qualificação do contribuinte como empresa associada no contexto dos instrumentos financeiros (alínea a) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º) e das transferências híbridas (alínea l) do terceiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º), das entidades transparentes suscetíveis de produzir resultados D/NI (alínea e) do primeiro parágrafo do ponto 9 do artigo 2.º) e das entidades duplamente residentes (artigo 9.º-B).
130. O artigo 2.º apresenta um carácter instrumental face ao artigo 9.º e as definições daí constantes são fundamentais para a correta aplicação do regime anti-híbridos.
131. As assimetrias híbridas decorrentes da utilização de instrumentos financeiros são neutralizadas através da proibição da dedução pelo Estado-membro do ordenante do pagamento, ou, subsidiariamente, pela inclusão no rendimento tributável do referido pagamento, pelo Estado-membro do destinatário.
132. Existe uma causa de exclusão *a priori* da aplicação da norma, que se prende com a circunstância de o pagamento efetuado ao abrigo do instrumento financeiro ser incluído no rendimento tributável do destinatário dentro de um prazo razoável.

133. Encontram-se previstas algumas exceções à aplicação do regime anti-híbridos, relacionadas com as características inerentes ao instrumento financeiro.
134. As transferências híbridas encontram-se sujeitas à mesma neutralização prevista para os instrumentos financeiros híbridos.
135. Encontram-se excluídas do presente regime as transferências cujos pagamentos sejam efetuados por um operador financeiro ao abrigo de uma transferência híbrida de mercado.
136. Os duplos créditos de imposto gerados através de transferências híbridas deverão ser limitados na proporção do rendimento líquido tributável no que respeita a esse pagamento.
137. As assimetrias híbridas provocadas por entidades transparentes, geradoras de resultados D/NI, podem ser neutralizadas, através da negação da dedução por parte do Estado-membro da entidade ordenante do pagamento, ou, subsidiariamente, pela inclusão do pagamento no rendimento tributável, por parte do Estado-membro do destinatário.
138. Já para as assimetrias híbridas provocadas por entidades transparentes, geradoras de resultados D/D, encontra-se prevista a negação da dedução por parte do Estado-membro onde se situa o investidor, ou, subsidiariamente recusada na jurisdição do Estado-membro onde se situa o ordenante.
139. Quanto às entidades híbridas inversas, existem três pressupostos de aplicação do regime do artigo 9.º-A: a) exige-se que a entidade híbrida inversa esteja situada (e, por situada, entenda-se constituída ou estabelecida) num Estado-membro, onde é aí sujeita ao regime da transparência fiscal, b) tal entidade deverá ser detida, de forma agregada, direta ou indiretamente, em 50% ou mais dos direitos de voto, participações no capital ou direitos a uma parte dos lucros dessa entidade híbrida inversa, por uma ou mais entidades associadas, não residentes e c) as jurisdições onde se encontram essas entidades não residentes tratam fiscalmente a entidade híbrida inversa como sujeito passivo.
140. A assimetria híbrida prevista na alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º corresponde a uma repetição da figura das assimetrias inversas, prevista no artigo 9.º-A, uma vez que não observa correspondência com as figuras estudadas no âmbito do Relatório Final sobre a Ação 2 do BEPS.
141. No entanto, parece que as situações em que a entidade inversa esteja situada

num Estado terceiro podem ser abrangidas pela alínea b) do primeiro parágrafo do ponto 9) do artigo 2.º, por ser efetuado um pagamento a uma entidade híbrida (a qual se pode depreender ser uma entidade inversa).

142. A solução prevista para as entidades duplamente residentes traduz-se na resolução de um conflito de natureza positiva por recurso à CDT celebrada entre Estados-membros. Na eventualidade da assimetria surgir com um Estado terceiro, deverá o Estado-membro negar a dedução na eventualidade do Estado terceiro manter o resultado assimétrico.
143. Em matéria de estabelecimentos estáveis, os resultados D/NI são submetidos ao regime de neutralização típica, isto é, negação da dedução por parte do Estado-membro da entidade ordenante do pagamento, ou, subsidiariamente, pela inclusão do pagamento no rendimento tributável, por parte do Estado-membro do destinatário.
144. No entanto, em matéria de estabelecimentos estáveis, podem os Estados-membros optar por não aplicar a norma secundária, tratando-se de uma exceção ao regime que apenas contribui para que as assimetrias híbridas a este respeito não sejam objeto da devida neutralização, acentuando disparidades.
145. Também no que respeita aos estabelecimentos estáveis não tidos em conta, não é clara a forma como a neutralização típica constante do n.º 2 do artigo 9.º e a regra especial do n.º 5 do mesmo artigo deverão interagir.
146. Ainda nesta senda, observa-se a prevalência das obrigações assumidas em CDT's celebradas com Estados terceiros sobre os resultados assimétricos evidenciados, os quais serão suscetíveis de ser mantidos.
147. Já entre Estados-membros, parece que o direito convencional é objeto de derrogação pelo regime da Diretiva.
148. As assimetrias híbridas geradoras de resultados D/D provocados por estabelecimentos estáveis são neutralizadas por referência ao regime típico de neutralização constante do n.º 1 do artigo 9.º, ou seja, incumbe ao Estado-membro da sede recusar a dedução, ou, subsidiariamente, ao Estado-membro do estabelecimento estável, recusar a dedução.
149. No caso das entidades híbridas, bem como dos estabelecimentos estáveis, é sempre admitido o *carry-forward* da dedução, na medida em que seja compensada a rendimento duplamente tributado em ambos os Estados.
150. Por fim, as assimetrias híbridas importadas são, a nosso ver, reguladas pelo n.º 3

do artigo 9.º, *ex vi* ponto 9) do artigo 2.º, cuja neutralização se dá por via da negação da dedução de um pagamento compensado a uma dedução híbrida. Trata-se de uma disposição que será, em princípio, predominantemente aplicável a assimetrias geradas com Estados terceiros.

BIBLIOGRAFIA

ADAMCZYK, Lukasz, «The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation», *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, 3rd edition, Wien, Spiramus, 2013, pp. 13-42.

ANDERSSON, Kirsten, «The Business Views on Base Erosion and Profit Shifting and Its Implementation in the Group of Twenty and the European Union», *Intertax*, vol. 44, Issue 10, 2016, pp. 735-739.

BAKER, Philip, «The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes», *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, pp. 85-90.

BONN, Jens Schönfeld, «CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive», *EC Tax Review*, 2017-3, pp. 145-152.

BROE, Luc De/Dorien Beckers, «The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law», *EC Tax Review*, 2017-3, pp. 133-144.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel /Alberto Quintas Seara, «The Concept of 'Aggressive Tax Planning' Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning», *Intertax*, vol. 44, issue 3, March 2016, pp. 206-228.

CAMPOS, João Mota, *Direito comunitário*, 7^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian Vol. 1: O direito institucional, 1995.

CNOSSEN, Sijbren /Lans Bovenberg, «Company Tax Harmonization in the European Union: Some further thoughts on the Ruding Committee Report», *Macroeconomic Dimensions of Public Finance: Essays in Honour of Vito Tanzi*, Routledge, 1997, p. 164-178.

CORDEWENER, Axel, «Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives? » *EC Tax Review*, vol. 26, 2017-1, pp. 60-66.

COURINHA, Gustavo, «BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão», in *Cadernos de Justiça Tributária*, Abril/Junho, vol. 4, 2014, pp. 3-10.

DOUMA, Sjoerd Douma/Alexia Kardachaki, «The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt to International Tax Rules to the Business Models of Multinational Enterprises», *Intertax*, vol. 44, Issue 10, October 2016, pp. 746-754.

DOURADO, Ana Paula,

- «The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative under Analysis», *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, pp. 2-5.
- Ana Paula Dourado/Augusto Silva Dias, «Information Duties, Aggressive Tax Planning and *nemo tenetur se ipsum accusare* in the light of article 6 (1) of ECHR», G. Kofler, M. P. Maduro and P. Pistons (eds), *Taxation and Human Rights in Europe and the World*, IBFD Publications, Amsterdam, 2011.
- «The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Law» in Joachim Englisch (ed.) *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*, IBFD Publications, Amsterdam, 2016, pp. 253-280.
- «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and Actions 2 and 6», *Intertax*, vol. 43, issue 1, January 2015, pp. 42-57.
- «The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?», *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, p. 440 - 446.

- «The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle», *EC Tax Review*, n.º 3, 2017, pp. 112-121.
- «Free Movement of Capital: the European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit», *Intertax*, vol. 44, issue 12, 2016, pp. 870-877.
- «The Role of CFC Rules in the BEPS Initiative and in the EU», *British Tax Review*, no. 3, 2015, pp. 342-363.
- *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina 2010.

ENGLMAIR, Vanessa E., «The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation», Introduction to European Tax Law: Direct Taxation, Lang/Pistone/Schuch/Staringer (eds.), 3.^a ed., Spiramus Press, 2013, pp. 43-92.

FERIA, Rita de la, «Harmonizing Anti-Tax Avoidance Rules», *EC Tax Review*, vol. 26, 2017-3, pp. 110-111.

FIBBE, Gijs/Ton Stevens, «Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II», *EC Tax Review*, vol. 26, 2017-3, pp. 156-166.

GRAAF, Arnaud de/Klaas-Jan Visser «ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects», *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, pp. 199-210.

GROOT, Isabella de, «The Switch-over Provision in the Proposal for an Anti-tax Avoidance Directive and Its Compatibility with the EU Treaty Freedoms», *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-3, pp. 162-169.

HEMMING, Richard /Paul Bernd Spahn, “European Integration and the Theory of Fiscal Federalism”, *Macroeconomic Dimensions of Public Finance: Essays in Honour of Vito Tanzi*, Routledge, 1997, pp. 110-128.

HOHENWARTER, Daniela «The Allocation of Taxing Rights in the light of the Fundamental Freedoms», in Lang/Schuch/Staringer (eds.) *Tax Treaty and EC Law*, Kluwer Law International, 2007, pp. 83-124.

HOOR, Oliver R. /Keith O'Donnell/Samantha Schmitz-Merle, «EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective», *European Taxation*, May 2016, pp. 192-197.

KAHLENBERG, Christian

- «The Interplay between the OECD Recommendations of Actions 2 and 3 Regarding Hybrid Structures», *Intertax*, vol. 44, issue 4, April 2016, pp 316-323.
- «Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief – Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept? », *Intertax*, vol. 44, issue 2, February 2016, pp. 146-162.

LAGUNA, Félix Daniel Martínez, «Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain», *Intertax*, vol. 44, issue 6 & 7, June/July 2016, pp. 447-462.

LANG, Michael, «The Binding Effect of the EC Fundamental Freedoms on Tax Treaties», in Wolfgang Gassner/Michael Lang/Eduard Lechner (eds) *Tax Treaties and EC Law*, The Hague : Kluwer, (Series on International Taxation), 1997, pp. 17-25.

MONSENEGO, Jérôme «A Conference on the Impact of the BEPS Project on Business Models», *Intertax*, vol. 44, issue 10, October 2016, pp. 726-729.

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 8ª edição, 2015.

NAVARRO, Aitor /Leopoldo Parada/Paloma Schwarz, «The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts», *EC Tax Review*, volume 25, 2016-3, pp. 117-131.

OS, Pieter Van, «Interest Limitations Under the Adopted Anti-tax Avoidance», *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, pp.184-198.

PANAYI, Christiana HJI, «The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 1/2, January/February 2016, pp. 95-112.

PEETERS, Steven, «Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool», *EC Tax Review*, 2017-3, pp. 122-132.

PWC, European Commission Proposes Anti Avoidance Package, 5 February 2016, Tax Policy Bulletin, PWC, p. 6, disponível em <http://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-european-commission-proposes-anti-tax-avoidance-package.pdf>.

QUADROS, Fausto de, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 1995.

ROLIM, João Dácio, «Proportionality and Fair Taxation», *Intertax*, vol. 43, issue 5, May 2015, pp. 405-409.

ROSADO PEREIRA, Paula *Convenções sobre Dupla Tributação e Direito Comunitário Tributário*, Tese de Doutoramento em Direito Fiscal, 2009.

RUIZ, Nuno, «O Princípio da Subsidiariedade e a Harmonização de Legislações na Comunidade Europeia», *A União Europeia na Encruzilhada*, Paulo de Pitta e Cunha et al., Coimbra, Almedina, 1996, p. 129-138.

SAINT-AMANS, Pascal /Raffaele Russo, «The BEPS Package: Promise Kept», *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, n.º 4, April 2016, pp. 236-241.

SILVA, José Daniel Tavares Fernandes da Integração, «Subsidiariedade e Autonomias na União Europeia. Portugal e as Regiões Autónomas dos Açores e Madeira», Tese de Doutoramento, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, 2008, disponível em <https://books.google.pt/books?id=f9lXcG0il98C&pg=PA137&lpg=PA137&dq=artigo+235+tratado+roma&source=bl&ots=kDq4k7e6W2&sig=OoBWikkdAKfeW9ny5CqaTwig6sw&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwjV7rbJ6JXVAhWG8RQKHYE9CrEQ6AEIKDAB#v=onepage&q=artigo%20235%20tratado%20roma&f=false>.

TERRA, Ben/Peter J. Wattel, *European Tax Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 6th Edition, 2012.

THIELEMANS, Alan «The European Commission's proposal for an Anti Tax Avoidance Directive: the switch-over clause – some initial remarks», publicado a 5 de fevereiro de 2016, disponível em <http://www.internationaltaxplaza.info/homepage/news-archive/news-archive-february-2016/1912-the-european-commission-s-proposal-for-an-anti-tax-avoidance-directive-the-switch-over-clause-some-initial-remarks>.

VERHOOG, Marlous /Almut Breuer, «Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties», *Intertax*, vol. 44, issue 8 & 9, September 2016, pp. 684-700.

WEBER, Dennis, *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: a Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

WILDE, Martin de, «Sharing the Pie: Taxing Multinationals in a Global Market», *Intertax*, Volume 43, Issue 6 & 7, June/July 2015, pp. 438-446.

FONTES DOCUMENTAIS

Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final de 28 de Janeiro de 2016, <http://eur-lex.europa.eu>.

Outcome of the Council Meeting of 17th June 2016, Economic and Financial Affairs Council, PRESSE 35, <http://www.consilium.europa.eu>.

Declaração dos G20, 2012, Los Cabos, México, <http://www.consilium.europa.eu>.

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, <http://www.oecd.org>.

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, disponível em <http://www.oecd.org>.

OECD, Seoul Declaration, *Third Meeting of the OECD Forum on Tax Administration 14-15 September, 2006*, <http://www.oecd.org>.

OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries* (OECD 2008), <http://www.oecd.org>.

OCDE, Comentários à Convenção Modelo em matéria de imposto sobre o rendimento e o sobre o património, OECD Publishing, 2010, <http://www.oecd.org>.

OECD, *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure – Report on Disclosure Initiatives*, OECD Publishing, 2011, <http://www.oecd.org>.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2: Final Report, OECD Publishing, 2015, <http://www.oecd.org>.

OECD, *Mandatory Disclosure Rules*, Action 12: Final Report, OECD Publishing, 2015, <http://www.oecd.org>.

HMRC, *Improving Large Business Tax Compliance*, July 22nd 2015, <https://www.gov.uk>.

Recomendação da Comissão no que se refere a medidas destinadas a encorajar os países terceiros a aplicarem normas mínimas de boa governação em matéria fiscal, C (2012) 8805 final, de 6 de dezembro, <http://ec.europa.eu>.

Recomendação da Comissão, relativa ao planeamento fiscal agressivo, C- (2012) 8806 final, <http://ec.europa.eu>.

Conclusões do Conselho Europeu, de 18 de dezembro de 2014, EUCO 237/2014, CO EUR 16, CONCL 6, <http://www2.consilium.europa.eu>.

Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho relativa a uma tributação das sociedades justa e eficaz: 5 áreas para ação, COM (2015) 302 final, de 17 de Junho de 2015, <http://www2.consilium.europa.eu>.

Proposal for a Council Directive of 16th March 2011 on a Common Consolidated Tax Base, COM (2011) 121 final, March 16th 2011, <http://eur-lex.europa.eu>.

COM (2016) 23 final, Proposta de Diretiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno, <http://eur-lex.europa.eu>.

OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments – Action 4*, OECD Publishing, 2015, <http://www.oecd.org>.

OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6 – 2015 Final Report*”, OECD Publishing, 2015, <http://www.oecd.org>.

Relatório do Parlamento Europeu, de 2 de dezembro de 2015, com recomendações à Comissão sobre assegurar a transparência, a coordenação e a convergência de políticas de tributação das sociedades na União, <http://www.europarl.europa.eu>.

OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, 2015, <http://www.oecd.org>.

Summary Record of the 9th Meeting of the Platform for Tax Good Governance, Bruxelas, 16 Março de 2016, <http://ec.europa.eu>.

Proposta de diretiva para combater a elisão fiscal – resultados da reunião do ECOFIN, 17 de junho de 2016, <http://data.consilium.europa.eu>.

Report of Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council, 16553/1/14, FISC 225, Brussels 11th November 2014, <http://data.consilium.europa.eu>.

Report of Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council, 14302/15, FISC 225, Brussels 23th November 2015, <http://data.consilium.europa.eu>.

Report of Code of Conduct Group (Business Taxation) to the Council, 9912/16, FISC 225, Brussels 13th June 2016, <http://data.consilium.europa.eu>.

COM (2016) 687 final, Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros, <http://data.consilium.europa.eu>.

Outcome of the Council Meeting of 6th December 2016, Economic and Financial Affairs Council, PRESSE 65, <http://www.consilium.europa.eu>.

Proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros - Orientação geral, FISC 47, ECOFIN 96, <http://data.consilium.europa.eu>.

Proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros - Compromisso da Presidência, FISC 46, ECOFIN, disponível em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6333-2017-INIT/pt/pdf>.

Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017 que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros, <http://eur-lex.europa.eu>.

OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD Publishing, 1999, <http://www.oecd.org>.

HIPERLIGAÇÕES

- <https://www.buinesseurope.eu>
- <http://www.consilium.europa.eu>.
- <http://data.consilium.europa.eu>.
- <http://ec.europa.eu>
- <http://eur-lex.europa.eu>
- <http://www.europarl.europa.eu>.
- <https://www.gov.uk>
- <http://www.oecd.org>

JURISPRUDÊNCIA CITADA

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.9.2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.6.2013, C-653/11, *Ocean Finance*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.9.2012, C-18/11, *Philips Electronics UK Ltd*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.11.2011, C-371/10 *National Grid Indus*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 31.01.2013, C-301/11 *Commission v. Netherlands*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 31.01.2013, C-64/11 *Commission v. Spain*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.07.2013, C-261/11 *Commission v. Denmark*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.05.2015, C-657/13 *Verder LabTec*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.01.2014, C-164/12 *DMC*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.3.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.02.2006, C- 255/02, *Halifax and Others*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.12.2010, C- 103/09, *Weald Leasing*.
- Conclusões do Advogado-Geral Geelhoed, de 26.02.2008, C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*.

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.12.2007, C-298/05, *Columbus Containers Services*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.5.1998, C-339/96, *Mr. and Mrs- Robert Gilly*
- Acórdão do Tribunal do Justiça de 14.2.1995, C-279/93, *Schumacker*.
- Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro de 7.04.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.11.2006, C-513/04, *Mark Kerckhaert and Bernadette Morres*.