



CATÓLICA PORTO

ASSIMETRIAS E DISPARIDADES

A UTILIZAÇÃO DE ENTIDADES HÍBRIDAS E INSTRUMENTOS FINANCEIROS
HÍBRIDOS NO PLANEAMENTO FISCAL INTERNACIONAL

Vítor Manuel Loureiro e Silva | N.º 345012015

Tese de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a Orientação do Doutor Miguel Correia

Porto,

Maio de 2014



CATÓLICA PORTO

ASSIMETRIAS E DISPARIDADES

A UTILIZAÇÃO DE ENTIDADES HÍBRIDAS E INSTRUMENTOS FINANCEIROS
HÍBRIDOS NO PLANEAMENTO FISCAL INTERNACIONAL

Vítor Manuel Loureiro e Silva | N.º 345012015

Tese de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a Orientação do Doutor Miguel Correia

Porto,

Maio de 2014

AGRADECIMENTOS

“If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants”.

Sir Isaac Newton in a letter to his rival Robert Hooke.

Aos meus pais e ao meu irmão, por constituírem uma fonte insuperável de amor, apoio e motivação.

À Maria e ao Diego, pela amizade permanente e por acompanharem ativa e assiduamente o meu percurso.

Ao Doutor Miguel Correia, pela orientação efetiva, pela disponibilidade incondicional e, sobretudo, por me recordar que a excelência é uma escolha.

A todos aqueles que, em maior ou menor medida, contribuíram para que este trabalho conhecesse a luz do dia.

Permittitur quod non prohibetur

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACE	<i>Allowance for Corporate Equity</i>
AT	Administração Tributária
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CBIT	<i>Comprehensive Business Income Tax</i>
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
CEAA	Cláusula Específica Anti-Abuso
CEAH	Cláusulas Específicas Anti-Híbridos
CFC	<i>Controlled Foreign Companies</i>
CGAA	Cláusula Geral Anti-Abuso
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CMEUA	<i>US Model Convention (EUA)</i>
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CMONU	Convenção Modelo da ONU
CPPT	Código de Procedimento e Processo Tributário
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTB	<i>Check-the-Box Regulations (EUA)</i>
DF	Diretiva Fusões
DJR	Diretiva Juros e <i>Royalties</i>
DSMA	Diretiva Sociedades-Mães e Afiliadas

DUE	Direito da União Europeia
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
EBITDA	<i>Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization</i>
EE	Estabelecimento Estável
EM	Estado-Membro
EUA	Estados Unidos da América
GCCTE	Grupo do Código de Conduta para a Tributação das Empresas
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
LGT	Lei Geral Tributária
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
SDN	Sociedade das Nações
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Dedução sem Inclusão utilizando um Instrumento Financeiro Híbrido.	16
Figura 2. Dupla Dedução utilizando uma Entidade Híbrida.	18
Figura 3. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 1.	19
Figura 4. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 2.	20
Figura 5. Dupla Dedução utilizando uma Entidade com Dupla Residência.	21
Figura 6. Dedução sem Inclusão utilizando um Estabelecimento Estável.	22

ÍNDICE

Agradecimentos	iv
Lista de Siglas e Abreviaturas	vi
Lista de Figuras	viii
Capítulo Introdutório	1
I. Apresentação do Problema	1
II. Estrutura	2
Capítulo 1 - Assimetrias e Disparidades do Sistema Fiscal Internacional	3
1.1. A Arquitetura do Sistema Fiscal Internacional.....	3
1.2. As Assimetrias do Sistema Fiscal Internacional.....	8
1.2.1. O Tratamento Fiscal dos Rendimentos da Dívida e do Capital	8
1.2.2. Entidades Transparentes e Entidades Opacas	10
1.3. As Disparidades de Tratamento	12
Capítulo 2 - Descrição Técnica de Manobras de Planeamento Fiscal Internacional que utilizam Híbridos	15
2.1. Manobras Clássicas.....	15
2.1.1. Dedução sem Inclusão utilizando um Instrumento Financeiro Híbrido.....	15
2.1.2. Dupla Dedução utilizando uma Entidade Híbrida.....	17
2.1.3. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 1	18
2.1.4. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 2	20
2.2. Exemplos de Manobras que alcançam uma Dupla Não-Tributação mas que não configuram Híbridos	21
2.2.1. Dupla Dedução utilizando uma Entidade com Dupla Residência.....	21
2.2.2. Dedução sem Inclusão utilizando um Estabelecimento Estável	22
Capítulo 3 - Soluções	24

3.1. Soluções Radicais	24
3.1.1. Dirigidas aos Instrumentos Financeiros Híbridos	24
3.1.1.1. Os Modelos CBIT e ACE.....	24
3.1.2. Dirigidas às Entidades Híbridas	26
3.1.2.1. Os Modelos Puros de Alocação de Competências Tributárias.....	26
3.2. Soluções Moderadas	26
3.2.1. Cláusula Geral Anti-Abuso	26
3.2.1.1. A Recomendação da Comissão Europeia para a adoção de uma Cláusula Geral Anti-Abuso Comum.....	27
3.2.1.2. A atualização da disposição anti-abuso da Diretiva “Sociedades-Mães e Afiliadas”	28
3.2.2. Cláusulas Específicas Anti-Abuso	29
3.2.2.1. A Recomendação da Comissão Europeia para a introdução de uma Cláusula Específica Anti-Abuso nas Convenções de Dupla Tributação.....	30
3.2.2.2. Cláusulas Específicas Anti-Híbridos	31
3.2.2.2.1. Cláusulas Específicas dirigidas aos Instrumentos Financeiros Híbridos	31
3.2.2.2.1.1. A introdução de uma Cláusula Específica dirigida aos Instrumentos Financeiros Híbridos na Diretiva “Sociedades-Mães e Afiliadas”	33
3.2.2.2.2. Cláusulas Específicas dirigidas às Entidades Híbridas.....	34
3.2.2.2.2.1. O Reconhecimento Mútuo de Entidades.....	35
3.2.2.2.3. Apreciação Crítica das Cláusulas Específicas Anti-Híbridos.....	36
3.2.2.2.4. O projeto BEPS da OCDE.....	38
Conclusão	40

Referências Bibliográficas	41
Anexo I - Regras de Citação	47
Anexo II - Glossário	48
Anexo III - Breve descrição de Instrumentos Financeiros	50
Anexo IV - Cláusula Geral Anti-Abuso proposta pela Comissão Europeia	51
Anexo V - Proposta da Comissão Europeia de alteração à Diretiva “Sociedades-Mães e Afiliadas”	53
Anexo VI - Recomendação da Comissão Europeia para a introdução de uma Cláusula Específica Anti-Abuso nas Convenções de Dupla Tributação	55

A presente dissertação tem em conta os factos ocorridos até 10/05/2014

CAPÍTULO INTRODUTÓRIO

I. Apresentação do Problema

Hodiernamente, o debate fiscal internacional é marcado pelo advento de estruturas que não contendem com o elemento literal da lei, mas que ofendem a intenção legislativa das normas tributárias domésticas e o escopo finalístico do sistema fiscal internacional. Estas estruturas respondem pelo nome de híbridos. Os híbridos são esquemas de planeamento fiscal, dito agressivo, habilidosamente arquitetados para se moverem entre as assimetrias do sistema fiscal internacional e manipularem as suas disparidades, de modo a colher o melhor tratamento fiscal possível em cada uma das jurisdições. O objetivo é malévolo: obter uma dupla não-tributação, ou, em alternativa, o diferimento temporal do imposto. Os efeitos são perniciosos, comprometendo as aspirações estaduais em obter receita fiscal, provocando distorções económicas e concorrenciais, colocando em crise a equidade e a transparência. Não é de estranhar que o tema (pre)ocupe, atualmente, a OCDE e a CE.

É comum apontarem-se três tipos de híbridos - entidades, instrumentos financeiros e transferências - mas, levando em consideração os condicionalismos impostos à extensão de um estudo desta natureza e a importância prática no contexto da UE, apenas cumpre aqui fazer menção a dois deles, mais concretamente, às entidades e aos instrumentos financeiros.

Como o próprio título antecipa, os híbridos não são uma realidade isolada, articulam-se logicamente com três conceitos fundamentais: assimetrias, disparidades e planeamento fiscal internacional. O sistema fiscal internacional foi construído com base em assimetrias. Súbtil para muitos, esta é uma ideia superlativa que cuidamos de aprofundar. Num cenário de economia aberta, as assimetrias conduzem às disparidades de tratamento que são fiscalmente otimizadas pelos híbridos.

A todo este fenómeno não será despiciente o facto de ter como pano de fundo um sistema fiscal internacional definido no início do século XX, talhado para ordenar um contexto profundamente distinto daquele que vivenciamos atualmente. A globalização, o desenvolvimento tecnológico, o avolumar das transações internacionais ou a mobilidade do capital, são apenas alguns dos fatores que implicam a desatualização dos

princípios que enformam a tributação internacional e aceleram a urgência da sua remodelação.

O presente estudo abre caminho para a problematização do tema em Portugal e reflete, com especial acuidade, sobre a organização e os fundamentos do sistema fiscal internacional, procurando clarificar o *modus operandi* das estratégias híbridas e ensaiar soluções possíveis para o problema apresentado. Para satisfazer adequadamente estas metas, sem perder de vista a natureza do IRC, adotamos uma metodologia multidisciplinar e comparada, que nos acompanha ao longo de um itinerário rigoroso, paulatinamente revelado à medida que se sucedem os vários capítulos.

II. Estrutura

A dissertação encontra-se, estruturalmente, arrumada ao longo de três capítulos, que corporizam outros tantos momentos fundamentais no ciclo de vida do estudo que empreendemos. O capítulo I, elemento-chave na nossa investigação, abre as hostilidades com a análise do sistema fiscal internacional, revelando as suas assimetrias, enfatizando as suas disparidades. O capítulo II, eminentemente prático e demonstrativo, dedica-se à descrição técnica das manobras clássicas de planeamento fiscal envolvendo entidades e instrumentos financeiros híbridos, projetando, igualmente, um olhar curioso sobre alguns esquemas em voga que alcançam uma dupla não-tributação. O capítulo III, culmina com o debate e a análise de mérito às possíveis soluções para o problema levantado.

Apresentados os contornos gerais do problema e conhecido o nosso plano de ação, é chegado o tempo de navegar no sistema fiscal internacional e de partir à descoberta das suas assimetrias e disparidades.

CAPÍTULO 1

ASSIMETRIAS E DISPARIDADES DO SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

Como vem sendo dito, assumimos que o sistema fiscal internacional existe e foi erigido assimetricamente. Cabe agora aprofundar o alcance desta dupla afirmação, dissecar o seu conteúdo e esclarecer as suas implicações.

1.1. A Arquitetura do Sistema Fiscal Internacional

Começamos com uma dúvida básica, mas de importância singular para o desenrolar da trama: numa operação plurilocalizada, que contacta com uma variedade de sistemas de tributação do rendimento das empresas, qual (ou quais) o Estado(s) com legítimas pretensões à arrecadação do imposto? A questão foi solucionada pela doutrina da pretensa económica, exposta, pela primeira vez, em 1892, por *George Schanz*¹ e, retomada, posteriormente, em 1923, pela SDN². No essencial, estabelece a dita doutrina, que o direito à tributação deve ser repartido entre o Estado da origem dos rendimentos

¹ O autor sustenta que a competência tributária é partilhada entre o Estado da residência e o Estado da fonte e que tal conclusão fica a dever-se ao princípio do benefício. À luz deste princípio, os impostos cobrados são o preço a pagar pela possibilidade de usufruir de um Estado, são a contrapartida pelos serviços públicos prestados e pela disponibilização de infraestruturas. Tendo em conta que um investidor colhe benefícios dos serviços proporcionados pelo Estado da residência e pelo Estado da origem do rendimento, então, é legítimo que tanto um como outro, tenham competência para fazer valer as suas pretensões tributárias. Com isto, *Schanz*, encontra fundamento para a tributação, mas não determina a sua medida. Cfr. PETER HARRIS, *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries: A Comparison of Imputation Systems* (IBFD. 1996), p. 276 et seq.; RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado* (Publicações Universidade Católica. 2005), p. 142.

² Em 1921, a SDN solicitou ao Comité dos Quatro Economistas que realizasse um estudo sobre a dupla tributação internacional. Contrariamente ao que *Schanz* havia propugnado, o Comité dos Quatro não seguiu pelo raciocínio que liga a doutrina da pretensa económica ao princípio do benefício. Ao invés, analisaram a pretensa económica por referência a quatro estádios de riqueza. Em 1923, concluíram que os elementos de conexão mais destacados para fundamentar a legitimidade tributária são a origem da riqueza e a residência ou domicílio do proprietário que a consome. Cfr. PETER HARRIS, *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries: A Comparison of Imputation Systems*, p. 276 et seq.

(princípio da fonte) e o Estado da residência do titular desses rendimentos (princípio da residência)³.

Todavia, a pluralidade de elementos de conexão legitimadores do direito ao imposto, faz perigar o *single tax principle*⁴ e abre caminho ao despoletar da dupla tributação⁵ e da dupla não-tributação internacionais⁶, suscetíveis de ocorrer quando fonte e residência se situam em países diferentes⁷. Do mesmo modo, também se fazem sentir atritos no âmbito das definições. Como existe uma multiplicidade de critérios para definir fonte e residência, pode dar-se o caso de diferentes Estados imprimirem um

³ Sobre os argumentos aduzidos para justificar a legitimidade da pretensão ao imposto do país da fonte e do país da residência, cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, p. 141 et seq.

⁴ Este princípio, elementar para a tributação das empresas no contexto internacional, apoia-se na ideia de que o rendimento deve ser tributado uma única vez. Como consequência lógica, extrai-se que tanto os casos de múltipla tributação como de ausência de tributação são indesejáveis e devem ser evitados. Cfr. REUVEN S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* (Cambridge University Press. 2007), p. 8 et seq.

⁵ A dupla tributação internacional pode ser descrita como um concurso positivo de normas, pertencentes a sistemas fiscais estaduais distintos. É habitual distinguir-se entre dupla tributação jurídica internacional - um sujeito passivo é sujeito a dois impostos, por referência a um mesmo rendimento - e dupla tributação económica internacional - o mesmo rendimento é sujeito a dois impostos, na esfera de dois, ou mais, sujeitos passivos diferentes. Cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional* (Almedina 2ª ed. 2011), p. 31 et seq.; MANUEL HENRIQUES DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade* (Almedina 4ª ed. 2013), p. 235.

⁶ Na definição avançada por Alberto Xavier, a dupla não-tributação internacional “respeita ao fenómeno pelo qual, nas relações entre dois ou mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, esta não é efectivamente abrangida por nenhuma delas.” Cfr. ALBERTO XAVIER, p. 45. Como iremos discutir mais aprofundadamente, a dupla não-tributação pode assumir duas formas: dupla dedução, quando a mesma despesa é deduzida duas vezes, em dois países diferentes; dedução sem inclusão, quando determinado pagamento é dedutível na esfera da entidade que o efetua, mas não é tributado, em correspondência, ao nível da entidade beneficiária do rendimento. Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012), p. 7 § 11. Embora ambas as situações configurem, em termos latos, fenómenos de dupla não-tributação, representam vantagens fiscais quantitativamente diferentes, já que, neste aspeto, a dupla dedução é, em termos globais, mais vantajosa do que a dedução sem inclusão.

⁷ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional: Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu* (Almedina. 2010), p. 22 et seq.

conteúdo substancialmente diverso ao mesmo elemento de conexão⁸. Torna-se inevitável a previsão de um conjunto de regras que discipline a repartição do poder tributário e regule a definição dos elementos de conexão. Para tanto, erguem-se três soluções distintas, que podem revestir natureza unilateral, bilateral ou multilateral.

Fala-se em ação unilateral quando um Estado, através de medidas fiscais internas, limita a sua pretensão ao imposto e renuncia voluntariamente ao tributo⁹.

Outra fórmula avançada (largamente sedimentada na *praxis* internacional) para afrontar as patologias supracitadas, passa pela celebração de CDT's com caráter bilateral¹⁰. As CDT's introduzem vantagens significativas: procedem à alocação das competências tributárias relativamente a cada categoria de rendimento¹¹; contemplam regras para mitigar a dupla tributação jurídica internacional nos casos em que reconhecem competência tributária cumulativa ao Estado da residência e ao Estado da fonte¹²; determinam, inequivocamente, conceitos essenciais, evitando os inconvenientes que poderiam resultar da multiplicação de definições domésticas¹³.

Na esmagadora maioria das vezes, o texto das CDT's não é mais do que uma réplica fiel (ou pelo menos uma cópia inspirada) da CMOCDE¹⁴. É na CMOCDE que

⁸ Por exemplo, a residência pode ser aferida pela sede estatutária ou pela direção efetiva da sociedade, enquanto que a fonte pode reportar-se à fonte económica ou à fonte financeira. Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC* (Almedina. 2009), p. 15 et seq.

⁹ Cfr. THOMAS RIXEN, *The Political Economy of International Tax Governance*, Transformations of the State Series (Palgrave Macmillan. 2008), p. 76.

¹⁰ Na ordem jurídica portuguesa, à semelhança do que sucede noutros países, as CDT's prevalecem sobre a lei interna (art 8.º CRP). Nos EUA, os tratados internacionais e a lei interna situam-se no mesmo patamar hierárquico, por isso, em caso de conflito, prevalece o instrumento normativo que tiver sido implementado posteriormente. Cfr. THOMAS RIXEN, p. 66 et seq.; BRIAN J. ARNOLD & MICHAEL J. MCINTYRE, *International Tax Primer* (Kluwer Law International 2ª ed. 2002), p. 104; PAUL R. MCDANIEL & HUGH J. AULT, *Introduction to United States International Taxation* (Kluwer law International 4ª ed. 1998), p. 176 et seq.

¹¹ Cfr. arts. 6.º a 22.º CMOCDE. As CDT's reconhecem e repartem competências tributárias entre Estados signatários. No entanto, a decisão de tributar, ou não, uma dada categoria de rendimento, é ditada pelas leis fiscais domésticas.

¹² Cfr. arts. 23.º- A e 23.º- B CMOCDE.

¹³ Cfr. art. 4.º CMOCDE.

¹⁴ A CMOCDE é a mais utilizada, mas existem dois outros modelos de referência. A CMONU, porque concede maior protagonismo ao princípio da fonte, é bem vista nos países em vias de desenvolvimento. A CMEUA serve de referência às CDT'S em que os EUA figuram como parte contratante. Cfr.,

está plasmado o núcleo de regras, estilisticamente padronizado, que se torna vinculativo quando subscrito pelos Estados contratantes numa CDT¹⁵. Para além da CMOCDE e dos Comentários¹⁶ que lhe estão adjacentes, há outros mecanismos multilaterais a salientar. Falamos dos Regulamentos e das Diretivas¹⁷, subscritas pelos EM's da UE, que disciplinam matérias fiscais.

Deste conjunto de soluções - regras tributárias domésticas, tratados bilaterais e multilaterais - surge um conjunto de princípios, internacionalmente enraizados e fortemente consensualizados, que sustentam a existência do regime fiscal

respetivamente, RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, p. 113 et seq.; WIM WIJNEN & JAN DE GOEDE, *The UN Model in Practice 1997-2013*, 68 *Bulletin for International Taxation* 118 (2014); REUVEN S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, p. 169 et seq.

¹⁵ Os Estados arrogam o direito de apresentar reservas à CMOCDE, o que lhes permite ajustar as disposições padronizadas aos seus interesses concretos. Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, p. 114.

¹⁶ Os Comentários destinam-se a auxiliar os Estados na interpretação das disposições da CMOCDE. Relativamente ao seu peso jurídico, entende-se, tradicionalmente, que se trata de *soft law*. De resto, os Estados conservam o direito de formular observações aos Comentários, manifestando a sua discordância com a interpretação apresentada. Para uma discussão em profundidade sobre o estatuto jurídico dos Comentários à CMOCDE, cfr. PETER HARRIS, *International Commercial Law* (Cambridge Tax Law Series. 2010), p. 34 et seq.

¹⁷ As Diretivas são fontes de direito europeu derivado e restringem a soberania fiscal reconhecida aos EM's, na medida em que procedem à harmonização fiscal positiva das matérias que regulam. Atendendo aos interesses da nossa dissertação, destacamos a DSMA e a DJR. A primeira, destina-se a eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre grupos de sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM's diferentes, criando condições de concorrência equitativas com os grupos de sociedades-mães e afiliadas que operam num contexto puramente doméstico. Para tanto, a DSMA proíbe a retenção na fonte dos lucros distribuídos no Estado da sociedade afiliada e, concomitantemente, obriga o Estado da sociedade-mãe a isentar de tributação os dividendos distribuídos ou, em alternativa, a conceder um crédito pelo imposto pago no Estado da sociedade afiliada. Cfr. Diretiva n.º 2011/96/EU, do Conselho, de 30 de Novembro de 2011; SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal* (Almedina. 2013), p. 118 et seq. A segunda, pretende eliminar a dupla tributação económica dos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de EM's diferentes. Esta Diretiva projeta os seus efeitos, exclusivamente, sobre o Estado da origem destes rendimentos, eliminando a retenção na fonte dos pagamentos de juros e *royalties*. Cfr. Diretiva n.º 2003/49/EU, do Conselho, de 3 de Junho de 2003; SÉRGIO VASQUES, p. 119 et seq.

internacional¹⁸. Pergunta-se, que princípios são esses que, por serem amplamente aceites, permitem falar de um sistema fiscal internacional?

No plano da alocação das competências tributárias, já fizemos menção aos princípios da fonte e da residência, como os dois elementos de conexão capazes de legitimar as pretensões estaduais ao imposto¹⁹. O que (ainda) não se explicou é como é que decorre, em particular, a articulação da competência tributária entre o Estado da residência e o Estado da fonte.

No panorama internacional, os diversos tipos de rendimento reconduzem-se a duas categorias: rendimentos ativos (*active income*) e rendimentos passivos (*passive income*). Em termos gerais, o rendimento que resulta da prossecução da atividade normal da empresa constitui *active income*, enquanto que o rendimento que advém de juros, dividendos, *royalties* e de certas mais-valias é tido como *passive income*²⁰. É consenso largamente sedimentado, que a tributação do *active income* ocorre, primariamente, no Estado da fonte (*primary right to tax*), cabendo ao Estado da residência um direito tributário secundário (*secondary right to tax*) que, na prática, se traduz na obrigação de atenuar ou eliminar a dupla tributação²¹. No que concerne ao *passive income*, as coisas processam-se de forma inversa, pelo que, agora, a competência tributária primária pertence ao país da residência, ficando o país da fonte adstrito à limitação da sua ambição tributária. Quando a jurisdição que tem competência tributária primária não a exercita, a jurisdição com competência residual pode fazer

¹⁸ Cfr. REUVEN S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*; OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013), p. 33 et seq.; PETER HARRIS, *International Commercial Law*, p. 14 et seq.

¹⁹ A tributação no país da fonte está associada ao princípio da territorialidade, enquanto que a tributação pelo país da residência faz sentido à luz do *worldwide income principle*. A esmagadora maioria dos sistemas fiscais não aplica a forma pura destes princípios, proliferando a coexistência, mais moderada, dos dois regimes. Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p. 33 et seq.; SVEN-ERIC BÄRSCH, *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-Border Context - Issues and Options for Reform* (Springer. 2012), p. 30.

²⁰ Sobre os termos da delimitação entre *active income* e *passive income*, Cfr. REUVEN S. AVI-YONAH, et al., *Global Perspectives on Income Taxation Law* (Oxford University Press. 2011), p. 156; RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado*, p. 133, nota de rodapé 249.

²¹ Quanto aos métodos utilizados para eliminar a dupla tributação, cfr. ALBERTO XAVIER, p. 741 et seq.

valer a sua pretensão ao imposto sem qualquer reserva. A repartição do direito ao imposto nos moldes descritos, traduz o conteúdo do *benefit tax principle*²².

Há mais a revelar. Dissemos que o país da fonte tem legítimas pretensões à arrecadação do imposto, mas, acrescentamos agora, para que tal seja possível, em relação aos lucros empresariais dos não residentes, é exigível que estes disponham de atividade ou estrutura com certo grau de permanência, de uma presença estável no país da fonte (princípio do EE²³). Existindo este laço economicamente significativo, os não residentes com EE são fiscalmente assemelhados aos sujeitos passivos residentes²⁴.

Conhecida, em traços muito largos, a arquitetura do sistema fiscal internacional, estamos em melhores condições para adensar a nossa incursão e dar o passo em frente, rumo às assimetrias.

1.2. As Assimetrias do Sistema Fiscal Internacional

1.2.1. O Tratamento Fiscal dos Rendimentos da Dívida e do Capital

Regra geral, a estrutura de financiamento de uma sociedade é alicerçada num *mix* de dívida (*debt*) e de capital próprio (*equity*). Quando uma sociedade contrai um empréstimo junto de terceiros, como sejam entidades bancárias, partes relacionadas ou investidores externos, financia-se com dívida. Nesta hipótese, a sociedade obriga-se ao pagamento de juros (enquanto remuneração pela utilização do capital alheio), além da natural amortização do capital mutuado²⁵.

Alternativa ou cumulativamente, a sociedade pode alimentar a sua atividade com capital próprio, emitindo ações no mercado de valores mobiliários, em troca de

²² Cfr. REUVEN S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, p. 11 et seq.

²³ A definição de EE consta do art. 5.º CMOCDE e, em Portugal, está prevista no art. 5.º CIRC. Nas palavras de Rui Morais “existe estabelecimento estável quando um não-residente dispõe, em outro país, de uma estrutura, com características que a fazem haver como não meramente accidental, através da qual leva a cabo uma actividade empresarial, incluindo o exercício de actividades profissionais de forma independente.” Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, p. 24 et seq.

²⁴ Para esclarecimento adicional sobre a temática do EE, cfr. MANUELA DURO TEIXEIRA, *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes* (Almedina, 2007); OLIVER R. HOOR, *The Concept of Permanent Establishments*, 54 *European Taxation* 119 (2014), p. 119 et seq.

²⁵ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades* (2010), p. 346 et seq.

contribuições de capital. De acordo com os ditames clássicos do *corporate finance*, se no financiamento com dívida o devedor fica adstrito a um pagamento fixo e pré-determinado ao credor, no financiamento com capital próprio a remuneração dos acionistas (através da distribuição de dividendos) é meramente eventual e o seu *quantum* está dependente da *performance* da sociedade²⁶.

Entre os inúmeros fatores que influem numa decisão de financiamento, conta-se o tratamento fiscal que é dispensado aos rendimentos da dívida e do capital próprio. Enquanto que os juros tendem a relevar como custos fiscalmente dedutíveis na esfera da sociedade pagadora, a distribuição de dividendos aos acionistas não beneficia, na generalidade dos sistemas fiscais, de igual tratamento²⁷. Esta assimetria - *rectius*, o tratamento fiscal preferencial dos rendimentos da dívida face aos rendimentos do capital

²⁶ Cfr. *ibid.*

²⁷ Estamos em crer que a discrepância de tratamento fiscal é historicamente motivada pela perceção de que a distribuição de dividendos, enquanto remuneração de capital pelo risco incorrido pelo investidor, é uma consequência da obtenção de lucros, ao passo que o pagamento de juros, por estar associado à contração de empréstimos que são necessários para cumprir o objeto social da entidade, é visto como uma causa para a obtenção de resultados. A nível doméstico, na esmagadora maioria dos países, os dividendos não são reconhecidos como um custo fiscalmente dedutível na esfera da entidade que os distribui. Contudo, para evitar o inconveniente da dupla tributação económica, os dividendos distribuídos são depois, total ou parcialmente, isentos de tributação ao nível da entidade que os recebe. No pagamento de juros de empréstimos ocorre o inverso. São custos fiscalmente dedutíveis na esfera da entidade que os paga (embora em muitos países estejam sujeitos a limites, impostos por *thin capitalisation* ou *earnings stripping rules*) mas, em contrapartida, dão lugar a rendimentos tributáveis na esfera da entidade que os recebe. Assim, os dividendos, pelo facto de não serem custos fiscalmente dedutíveis, são tributados, em larga medida, ao nível da entidade que os distribui, enquanto que os juros, são tributados, exclusivamente, na esfera da entidade beneficiária do pagamento. Cfr. SVEN-ERIC BÄRSCH, p. 26 et seq. No contexto internacional, para além da não dedutibilidade ao nível da entidade pagadora, a distribuição de dividendos é, frequentemente, sujeita a retenção na fonte. Contudo, a retenção na fonte pode ser limitada por CDT (art. 10.º CMOCDE), ou eliminada, se reunidas as condições de aplicação da DSMA. Cumpridos os requisitos de aplicação da DSMA, os dividendos distribuídos podem beneficiar de isenção fiscal, ou de crédito de imposto, no país da residência da entidade beneficiária. Os pagamentos de juros, continuam a ser fiscalmente dedutíveis na esfera da entidade pagadora (eventualmente, sujeitos a restrições por influência de *thin capitalisation* ou *earning stripping rules* domésticas), embora possam estar sujeitos a retenção na fonte. Retenção na fonte que, uma vez mais, pode ser limitada por CDT (art. 11.º CMOCDE) ou eliminada pela DJR. Os rendimentos de juros são depois sujeitos a tributação no país de residência da entidade beneficiária do pagamento. Cfr. SVEN-ERIC BÄRSCH, p. 31 et seq.

próprio (*debt bias*)²⁸ - premeia o recurso ao crédito com uma poupança fiscal, afeta a neutralidade na escolha da fonte de financiamento e pesa na definição da estrutura de capital das sociedades²⁹.

1.2.2. Entidades Transparentes e Entidades Opacas

A generalidade dos sistemas fiscais convive bem com a ideia de sociedade enquanto centro autónomo de imputação de rendimentos³⁰. Se relativamente às sociedades de capitais - onde a contribuição de capital do sócio é o elemento decisivo - esta conclusão não oferece grande resistência, o mesmo já não se pode dizer quanto às sociedades de pessoas (*partnerships*). Nestas, a pessoa do sócio desempenha um papel tão intenso no exercício da atividade social que a dicotomia sociedade/sócio é praticamente impercetível³¹. Para considerar devidamente esta realidade, a solução adotada em muitos países passa pela personalização do imposto, aplicando-se um regime de transparência fiscal às sociedades de pessoas³². Por esta via, os rendimentos obtidos e as despesas efetuadas por ou através da entidade são tratados, para efeitos

²⁸ Cfr. PETER HARRIS, *Corporate Tax Law - Structure, Policy and Practice* (Cambridge Tax Law Series, 2013), p. 243 et seq.; RUUD A. DE MOOIJ, *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*, IMF Staff Discussion Note (2011).

²⁹ Sobre os efeitos nefastos do *debt bias*, cfr. THOMAS HEMMELGARN & GAËTAN NICODÈME, *The 2008 Financial Crisis and Taxation Policy*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 20 (2010), p. 37 et seq.; SERENA FATICA, et al., *The Debt-Equity Tax Bias: Consequences and Solutions*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 33 (2012).

³⁰ Cfr. PETER HARRIS, *Corporate Tax Law - Structure, Policy and Practice*.

³¹ Desde logo, pela natureza ilimitada da responsabilidade dos sócios. Sobre a distinção entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais, cfr. J.L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal* (Coimbra Editora 2ª ed. 2002), p. 238 et seq.

³² Nem sempre é assim. Com efeito, olhando para a heterogeneidade de sistemas de tributação, não podemos reduzir (ou até identificar) o âmbito subjetivo de aplicação do regime de transparência fiscal às *partnerships*. Veja-se o caso português. Entre nós, o regime de transparência fiscal, consagrado no art. 6.º CIRC, não foi sequer gizado para sinalizar fiscalmente a diferença entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais. O regime português - dirigido à neutralidade fiscal, à eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos e ao combate à evasão fiscal - inscreve, na incidência pessoal, as sociedades de profissionais, as sociedades de simples administração de bens, as sociedades civis não constituídas sob a forma comercial, os agrupamentos complementares de empresas e os agrupamentos europeus de interesse económico. Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Sobre o IRS* (Almedina 2ª ed. 2008), p. 205 et seq.; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal* (Almedina 7ª ed. 2014), p. 501 et seq.

fiscais, como rendimentos e despesas dos seus sócios, independentemente de distribuição, atendendo, regra geral, à proporção das participações sociais (*flow-through approach*)³³. Quando não ocorre qualquer tributação ao nível da entidade, mas antes no perímetro dos sócios, dá-se a integração total e, conseqüentemente, elimina-se a dupla tributação económica dos lucros distribuídos (*conduit theory*)³⁴.

Apesar das *nuances* que enformam a configuração do regime de transparência fiscal nas várias jurisdições que o aplicam³⁵, o efeito mecânico que importa destacar é transversal: os resultados das entidades transparentes são tributados, em maior ou menor medida³⁶, na esfera dos detentores de capital, independentemente de distribuição³⁷.

³³ Cfr. MANUEL HENRIQUES DE FREITAS PEREIRA, p. 99.

³⁴ Cfr. *ibid.*, p. 102.

³⁵ A título de exemplo, enquanto que em Portugal a incidência pessoal do regime de transparência fiscal é configurada de forma rígida, *ope legis* (art. 6.º CIRC), nos EUA, vigora um sistema opcional que, observados determinados requisitos, oferece aos sujeitos passivos norte-americanos a possibilidade de determinarem o tratamento fiscal das entidades por si detidas (sejam domésticas ou estrangeiras). Mediante a escolha da classificação da entidade, as regras CTB, de cariz federal, conferem aos sujeitos passivos a possibilidade de decidirem se a tributação ocorre ao nível da entidade (por esta ser opaca, em sintonia com a classificação de *corporation*), ou na esfera dos sócios (quando a entidade é transparente, por ser qualificada como *partnership* ou *disregarded entity*). As entidades estrangeiras ilegíveis para este efeito - as chamadas “*per se*” *corporations* - surgem discriminadas na *Form 8832* e coincidem com as sociedades de capital aberto nos países da sua constituição. Por isso, as sociedades anónimas portuguesas estão expressamente excluídas do regime, enquanto que as sociedades por quotas são elegíveis para este fim. A inclusão das sociedades em comandita simples e por ações no regime CTB é controvertida, porque se tratam de veículos de investimento menos usuais. Cfr. PAUL R. MCDANIEL & HUGH J. AULT, p. 5 et seq.; PETER HARRIS, *Corporate Tax Law - Structure, Policy and Practice*, p. 26 et seq.

³⁶ Dependendo da extensão da transparência fiscal, que pode ser total ou parcial. No primeiro caso, a personalidade da entidade é completamente desconsiderada e a tributação incide, exclusivamente, sobre os sócios. A segunda hipótese é passível de ocorrer quando, por exemplo, coexistem, na mesma entidade, sócios com diferentes tipos de responsabilidade. A parte dos lucros correspondente aos sócios com responsabilidade limitada é tributada na esfera da entidade, enquanto a parte dos lucros imputada aos sócios com responsabilidade ilimitada é tributada ao nível dos detentores de capital, atendendo à proporção das participações sociais. Cfr. GJIS FIBBE, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, Doctoral Series Vol. 15 (IBFD. 2009), p. 340 et seq.; OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*, Public Discussion Draft (2014), p. 9.

³⁷ Justifica-se uma breve referência à questão da personalidade tributária das entidades transparentes. Em Portugal, a doutrina tende a considerar que as entidades transparentes são sujeitos passivos de IRC, apesar da titularidade da dívida de imposto ser imputada aos sócios. Neste sentido, veja-se RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, p. 40 et seq.; J.L. SALDANHA SANCHES, p. 241 et seq. Objetivamente, o art. 12.º

Em oposição às entidades transparentes, por serem diretamente tributadas pelo seu rendimento, temos as entidades opacas. Agora, como a tributação dá relevo à personalidade da entidade separada dos sócios, o cumprimento da obrigação principal de IRC é, integralmente, imputado à entidade, sendo os seus participantes irrelevantes para apurar a matéria coletável ou determinar a taxa de imposto aplicável³⁸.

Do confronto entre o regime fiscal das entidades transparentes e das entidades opacas, nasce a segunda assimetria do nosso estudo: enquanto que os resultados das entidades transparentes transitam diretamente para a esfera dos sócios, tipicamente sem qualquer tributação ao nível da entidade, os resultados das entidades opacas são, integralmente, tributados na esfera da entidade, sendo, posteriormente (e hipoteticamente), distribuídos aos sócios, sob a forma de dividendos.

1.3. As Disparidades de Tratamento

Os sistemas de tributação não são realidades isoladas. Muito pelo contrário. Atiçados pela chama da globalização, estão condenados a atuar em conjunto devido à

CIRC, situado no capítulo relativo às isenções, determina a não sujeição a IRC das entidades abrangidas pelo regime de transparência fiscal. Como a redação da norma não casa com a sua inserção sistemática, não é perceptível se as entidades transparentes estão sujeitas e isentas de IRC, ou, se estamos diante de uma não sujeição tributária. Admitir a primeira hipótese, é o mesmo que atribuir à transparência fiscal a natureza de benefício fiscal. O que é liminarmente rejeitado pela doutrina, uma vez que à criação de benefícios fiscais está subjacente a prossecução de objetivos extrafiscais (art. 2.º EBF) e o regime de transparência fiscal é motivado por razões de política fiscal. A segunda hipótese (art. 4.º EBF), é a que melhor se coaduna com a índole da transparência fiscal que, como diz Rui Morais, “é um elemento estruturante do nosso sistema de tributação”. Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, p. 40, nota de rodapé 84. O referido autor vai mais longe e, em aparente contradição à jurisprudência do STA, rejeita o entendimento minimalista de que as sociedades transparentes são, apenas e só, sujeitos passivos de obrigações acessórias (art. 117.º, n.º 9 CIRC). A seu ver, tais entidades são as titulares do lucro tributável e, por isso, têm legitimidade processual em qualquer demanda que envolva o apuramento do rendimento tributável. Cfr. RUI DUARTE MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, p. 41 et seq. Nos EUA, a questão não é isenta de dúvidas. Se é verdade que as *disregarded entities* não são sujeitos passivos de imposto, relativamente às *partnerships*, a mesma conclusão já não se oferece tão clara. Cfr. PAUL R. MCDANIEL & HUGH J. AULT, p. 27 et seq.; MIGUEL CORREIA, *Taxation of Corporate Groups*, Series on International Taxation Vol. 43 (Wolters Kluwer. 2013), p. 137, nota de rodapé 16.

³⁸ Cfr. GIJS FIBBE, p. 341.

multiplicação de operações plurilocalizadas que os solicitam³⁹. No decorrer desta convivência, não raras vezes, as leis fiscais domésticas divergem na classificação de uma entidade ou instrumento financeiro, falando-se, a este propósito, em disparidades de tratamento (*mismatch*).

Quando um instrumento financeiro reúne características de dívida e de capital, sendo, em virtude disso, classificado como instrumento de dívida pelo sistema tributário de um país e como instrumento de capital pelo sistema fiscal de outro país, diz-se que o instrumento é híbrido⁴⁰.

Raciocínio idêntico é válido para as entidades. Quando uma entidade é, simultaneamente, classificada como transparente e como opaca, por sistemas tributários de países diferentes, diz-se que a entidade é híbrida⁴¹.

³⁹ Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

⁴⁰ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatches Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 7 § 10. Em rigor, a definição de instrumento financeiro híbrido também abrange os casos em que as jurisdições envolvidas convergem na classificação do instrumento financeiro (como dívida), mas divergem no tratamento fiscal de um pagamento específico realizado por intermédio desse instrumento. Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, Public Discussion Draft (2014), p. 19 et seq. Sobre as principais características distintivas dos instrumentos puros de dívida e de capital, cfr. Anexo III.

⁴¹ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatches Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 7 § 10. Os Estados são chamados a classificar, para efeitos domésticos, entidades constituídas ao abrigo de ordenamentos jurídicos estrangeiros, por estas exercerem atividades tributáveis nos seus territórios e/ou por serem participadas pelos seus residentes. Nestas circunstâncias, importa apurar se a entidade estrangeira é sujeita a tributação (por ser opaca) ou se apenas os sócios são tributados (por ser transparente). Para lograr este desiderato, a generalidade dos países recorre ao *corporate resemblance test*: primeiro, procuram aferir quais são as características legais da entidade estrangeira que resultam do direito privado do país onde foi constituída; depois, atendendo a tais características, procedem a um exercício comparativo que trata de averiguar com qual das entidades domésticas é que a entidade estrangeira apresenta maior similitude. Quando os sistemas jurídicos são idênticos, esta metodologia parece ser suficiente para assegurar a conformidade de tratamento fiscal nos vários países. Contudo, quando as jurisdições apresentam diferenças estruturais significativas - veja-se o caso dos sistemas de *civil law* e de *common law* - ou quando estão em causa entidades pouco difundidas no direito privado de alguns países, levantam-se dificuldades classificatórias acrescidas, suscetíveis de originar consequências fiscais díspares. Há países que, pelo facto de aplicarem critérios autónomos, qualificam sempre as entidades estrangeiras como opacas (é o caso de Itália), ou adotam a classificação que é dada à entidade estrangeira pelo Estado de residência (como sucede na Polónia). Cfr. GIJS FIBBE, p. 335 et seq.; PETER HARRIS, *Corporate Tax Law - Structure, Policy and Practice*, p. 29 et seq.; CHRISTIAN KAHLENBERG,

Finalizamos o capítulo com um alerta. Numa análise superficial, podemos cair na tentação de elevar a dissonância entre as leis fiscais domésticas dos vários sistemas de tributação, a protagonista principal pelas oportunidades que fazem a delícia dos planeadores fiscais. Admitimos que é um problema. Mas não é o problema. A explicação vai mais fundo. No caso concreto dos híbridos, as disparidades de tratamento, operadas pelas leis fiscais nacionais, são a sua causa mais próxima. Mas são as assimetrias que dão causa às disparidades. As últimas são consequência das primeiras. A construção assimétrica do sistema fiscal internacional é *conditio sine qua non* das disparidades de tratamento. Esta é uma ideia cara e, repisa-se, imprescindível, porque nela se alicerça o problema base que identificamos em lugar próprio.

Desfeitas as subtilezas do sistema fiscal internacional, questionam os mais ávidos: como é que os híbridos conseguem, na prática, manipular o sistema que acabou de ser descrito? É o que vamos descobrir no capítulo seguinte.

Classification of Foreign Entities for German Tax Purposes, 54 *European Taxation* 152 (2014), p. 152 et seq.; FÁBIO SARAIVA MARQUES, *Hybrid Issues and Partnerships - Issues Within EC Law and Double Tax Treaties*, in *Os 10 Anos de Investigação do CIJE* (Glória Teixeira & Ana Sofia Carvalho eds., Almedina, 2010), p. 192.

CAPÍTULO 2

DESCRIÇÃO TÉCNICA DE MANOBRAS DE PLANEAMENTO FISCAL INTERNACIONAL QUE UTILIZAM HÍBRIDOS

No capítulo anterior, deixamos uma questão em aberto: como é que os híbridos conseguem manipular as assimetrias e as disparidades do sistema fiscal internacional? A resposta é agora desvendada, com a ilustração prática da teoria retratada. Num primeiro momento, apresentamos a descrição das manobras clássicas que envolvem entidades e instrumentos financeiros híbridos. Posteriormente, porque os híbridos não esgotam o elenco de esquemas de planeamento fiscal que anseiam pela dupla não-tributação⁴², apreciamos duas manobras que, apesar de não constituírem híbridos em sentido próprio, alcançam o mesmo resultado, recorrendo a entidades com dupla residência e a EE`s. Dizer ainda que, para agilizar a clareza de exposição, a demonstração dos esquemas de planeamento fiscal é intencionalmente apresentada com carácter geral e abstrato, sem referência a ordenamentos jurídico-tributários específicos ou a disposições fiscais nacionais concretas.

2.1. Manobras Clássicas

2.1.1. Dedução sem Inclusão utilizando um Instrumento Financeiro Híbrido⁴³

A sociedade-mãe, residente no país A, financia um determinado investimento da sua subsidiária, residente no país B, através de um empréstimo híbrido⁴⁴. Enquanto que o país A qualifica o empréstimo como instrumento de capital, o país B classifica-o

⁴² Cfr. EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE-GENERAL TAXATION AND CUSTOMS UNION, *The Internal Market: Factual Examples of Double Non-Taxation Cases*, Consultation Document (2012); EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE-GENERAL TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Summary Report of The Responses Received on the Public Consultation on Factual Examples and Possible Ways to Tackle Double Non-Taxation Cases* (2012).

⁴³ Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 19 et seq.

⁴⁴ Para descrição de alguns instrumentos financeiros híbridos usados neste tipo de planeamento fiscal internacional, cfr. anexo III.

como instrumento de dívida. Em consonância com tal classificação, o pagamento efetuado pela subsidiária à sociedade-mãe é tratado, para efeitos fiscais, como uma distribuição de dividendos no país A e como um pagamento de juros, fiscalmente dedutível, no país B.

Assumindo que tanto o país A como o país B são EM's da UE e pressupondo que estão preenchidas as respectivas condições de elegibilidade, a aplicação da DJR garante que o pagamento de juros é isento de retenção na fonte no país B, ao passo que a aplicação da DSMA assegura que a distribuição de dividendos é isenta de tributação no país A⁴⁵.

Como o pagamento é dedutível no país B e o correspondente rendimento não é tributado no país A, temos uma dedução sem inclusão.

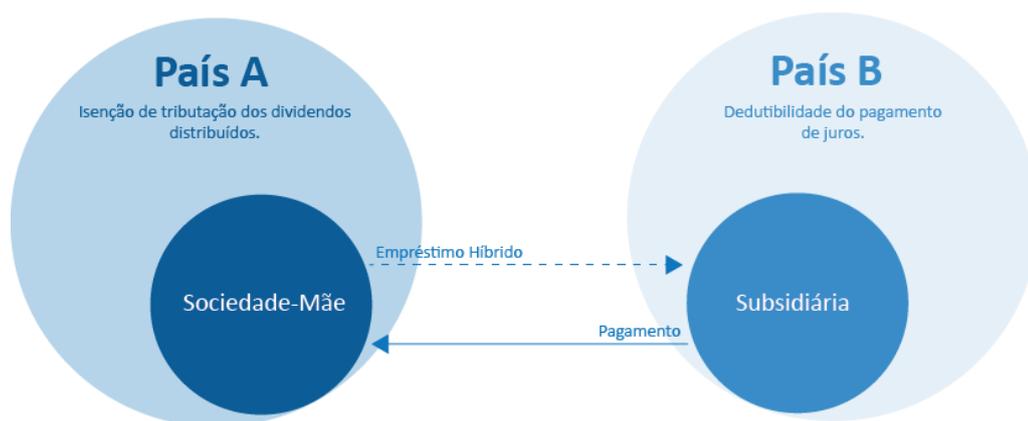


Figura 1. Dedução sem Inclusão utilizando um Instrumento Financeiro Híbrido.

⁴⁵ Esta disparidade só é possível porque a caracterização do rendimento (como juro ou dividendo), para efeitos de aplicação de uma ou de outra Diretiva, é, fundamentalmente, operada pelo direito interno de cada EM, dentro do espectro classificatório abrangente definido pelas Diretivas. Portanto, para o Estado da fonte, dado o rendimento revestir - segundo a definição que resulta da sua lei interna e atentos os limites classificatórios impostos pela diretiva - o caráter de juro, aplica-se a DJR. Seguindo o mesmo princípio, no Estado de residência, aplica-se a DSMA. Cfr. BEN J.M. TERRA & PETER J. WATTEL, *European Tax Law* (Wolters Kluwer 6ª ed. 2012), p. 320 et seq.; 397 et seq.

2.1.2. Dupla Dedução utilizando uma Entidade Híbrida⁴⁶

A sociedade-mãe, residente no país A, detém uma subsidiária, residente no país B, por intermédio de uma entidade híbrida. A sociedade-mãe é detentora da totalidade do capital social da entidade híbrida e esta, por sua vez, é detentora da totalidade do capital social da subsidiária. A entidade híbrida contrata um empréstimo com um terceiro e utiliza esse capital para financiar a subsidiária. Para além das despesas que decorrem do pagamento de juros, a entidade híbrida não tem nenhuma outra despesa nem qualquer rendimento significativo.

Para o sistema fiscal do país A, a entidade híbrida é transparente. Em linha com esta classificação, as despesas da entidade híbrida são diretamente imputadas à sociedade-mãe. Na perspetiva do país B, a entidade híbrida é opaca e, por isso, está sujeita a tributação na sua jurisdição. Assumindo que o ordenamento jurídico-tributário do país B prevê um RETGS⁴⁷, que permite a consolidação de resultados, as despesas da entidade híbrida são utilizadas para compensar os lucros da subsidiária.

Há uma dupla dedução⁴⁸ da mesma despesa, uma vez que as despesas da entidade híbrida, decorrentes do pagamento de juros, são dedutíveis no país A, reduzindo o lucro tributável da sociedade-mãe, e no país B, compensando os lucros da subsidiária.

⁴⁶ Cfr. OECD, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* (2010), p. 57; OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 44 et seq.

⁴⁷ A generalidade das jurisdições modernas prevê a existência de um RETGS, que dá relevo, para efeitos fiscais, à unidade económica do grupo. Apesar de existirem diferentes modelos, são atribuídas duas grandes funções a este regime: permite a consolidação de resultados, através de uma matéria coletável unitária que é obtida pela soma dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais individuais; e, num número mais reduzido de países, possibilita que a transferência de ativos intragrupo decorra sem consequências fiscais, conferindo uma maior flexibilidade às empresas para reestruturarem a sua atividade. Em Portugal, o RETGS está previsto nos artigos 69.º a 71.º do CIRC, desempenhando, apenas, a primeira função enumerada. Para uma leitura aprofundada sobre o tema, cfr. MIGUEL CORREIA.

⁴⁸ Em termos de política fiscal, a dupla dedução nem sempre é indesejável. O reconhecimento da dedutibilidade de uma despesa em duas jurisdições, é consequência normal da dupla inclusão do rendimento que, pode ocorrer quando, por exemplo, o país A tributa os seus residentes numa base mundial, incluindo os lucros obtidos no exterior através de um EE ou de uma entidade transparente. Na situação em apreço, isso não se verifica, uma vez que a entidade híbrida não deriva qualquer tipo de rendimento. Por conseguinte, a sociedade-mãe tira partido da dedução de uma despesa que não está associada a qualquer rendimento tributável no país A. Neste cenário, a dupla dedução é perniciosa, porque é elegível para compensar rendimento (da sociedade-mãe) que não é considerado, para efeitos de

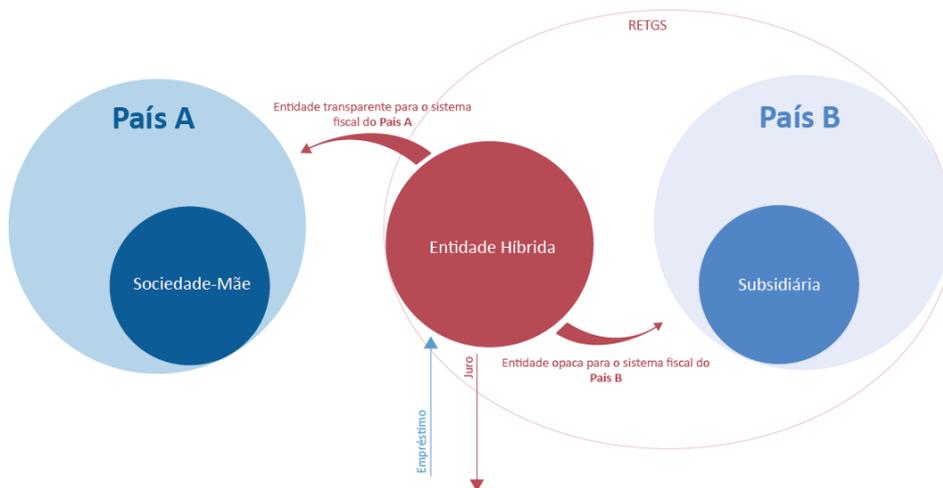


Figura 2. Dupla Dedução utilizando uma Entidade Híbrida.

2.1.3. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 1⁴⁹

A estrutura societária que apresentamos na hipótese anterior permanece atual para o exemplo que se segue. Desta feita, a sociedade-mãe financia a entidade híbrida, através de um empréstimo, que implica o correspondente pagamento de juros.

tributação, nas duas jurisdições. A redução da base tributável do país A pode ser apenas temporária, deixando de se verificar nos exercícios fiscais seguintes. Esta hipótese é suscetível de se materializar se, por exemplo, no primeiro exercício fiscal, a entidade híbrida não constituir uma relação de grupo que dê acesso à consolidação de resultados, no país B. A verificação desta condição permite, desde logo, que os prejuízos da entidade híbrida sejam reportados para exercícios subsequentes, em vez de compensarem os lucros da subsidiária. Se, no segundo exercício fiscal, a entidade híbrida gerar resultados positivos, estes podem ser atenuados pelos prejuízos do exercício precedente, reduzindo, simultaneamente, a dívida de IRC, no país B, e o montante do crédito de imposto que pode ser concedido à sociedade-mãe, no país A, para mitigar a dupla tributação do rendimento. Contudo, com o decorrer do tempo, o rendimento gerado pela entidade híbrida, aliado à diminuição da utilização de prejuízos fiscais, conduzirá ao incremento da base tributável do país A. Note-se que a dupla dedução não advém, em primeira mão, da circunstância de o pagamento ser efetuado por uma entidade híbrida. O que provoca a dupla dedução, de forma permanente, é a aplicação do RETGS, ao permitir que as despesas da entidade híbrida compensem os rendimentos da subsidiária, que não são tributáveis no país A. Não existindo qualquer rendimento significativo, o mesmo efeito de dupla dedução pode ser alcançado se, ao invés de uma entidade híbrida, tivermos, por exemplo, um EE ou uma *partnership* transparente para os dois países. Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 46 et seq.; Jürgen Lüdicke, “Tax Arbitrage” with Hybrid Entities: Challenges and Responses, 68 *Bulletin for International Taxation* 1 (2014).

⁴⁹ Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 47 et seq.

Na ótica do sistema fiscal do país A, a entidade híbrida é transparente e, como a sociedade-mãe é o seu único acionista, a sua personalidade é desconsiderada⁵⁰. Em termos práticos, este entendimento implica o não reconhecimento das obrigações contratuais entre as partes relacionadas⁵¹, o que equivale a dizer que o empréstimo - e por extensão, o pagamento de juros - é ignorado para efeitos fiscais do país A. Por outro lado, no país B, a entidade híbrida é classificada como opaca. Assim, a entidade híbrida pode, à semelhança do que vimos acontecer no exemplo anterior, beneficiar do RETGS e utilizar as suas despesas, advenientes do pagamento de juros, para compensar os lucros da subsidiária.

Há uma dedução sem inclusão, uma vez que o pagamento de juros é dedutível no país B, mas o rendimento a que dá origem no país A, não é tributado.

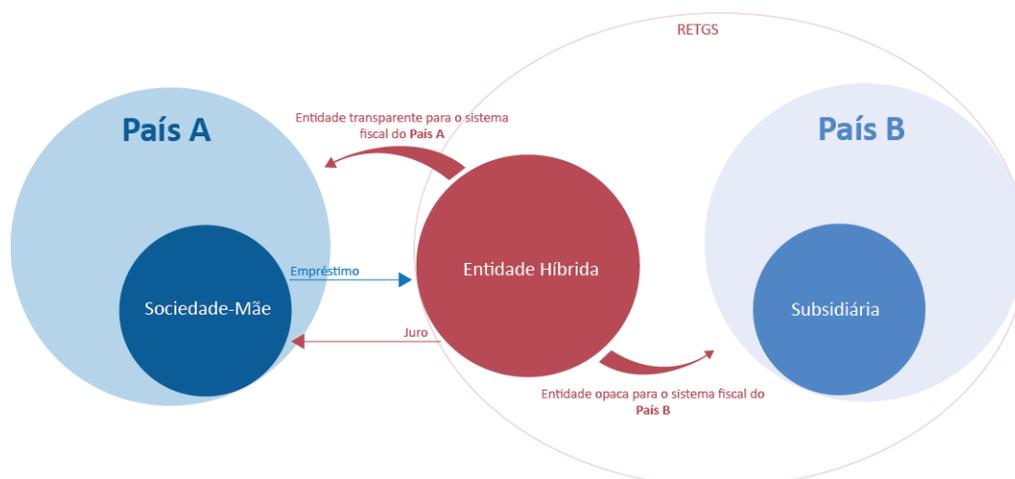


Figura 3. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 1.

⁵⁰ O que é suscetível de ocorrer, por exemplo, nos EUA. Se a entidade híbrida for considerada um *branch*, em princípio, é tratada, como *disregarded entity* e a sua personalidade é ignorada, por se tratar de uma divisão da entidade que a detém, sem individualização. Cfr. PAUL R. MCDANIEL & HUGH J. AULT, p. 5 et seq.; RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, p. 156, nota de rodapé 310.

⁵¹ Sobre o reconhecimento ou não reconhecimento das obrigações contratuais quando estão em causa entidades transparentes, embora por referência à relação entre *partnerships* e *partners*, cfr. SVEN-ÉRIC BÄRSCH & CHRISTOPH SPENGLER, *Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice*, 67 Bulletin for International Taxation 520 (2013), p. 523 et seq.

2.1.4. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 2⁵²

A estrutura societária associada aos exemplos anteriores mantém-se válida. Contudo, nesta hipótese, a entidade híbrida financia a atividade operacional da subsidiária, através de um empréstimo, que traz inerente o pagamento de juros.

Na ótica do país B, a entidade híbrida - por ser um *branch* da sociedade-mãe, sem qualquer presença tributável na sua jurisdição - é fiscalmente transparente. Em termos práticos, há duas consequências fiscais a retirar deste entendimento: (a) como o país B considera que a subsidiária efetuou o pagamento de juros à sociedade-mãe, a retenção na fonte pode ser, total ou parcialmente, eliminada por aplicação de lei fiscal doméstica que concede potencial isenção ou redução de imposto; (b) o pagamento de juros é fiscalmente dedutível. Do ponto de vista do país A, a entidade híbrida é opaca e reside no país B. Por isso, o país A considera que não tem qualquer competência tributária sobre o pagamento de juros.

Estabelecendo um paralelismo, podemos dizer que, apesar de assumir uma esquematização diferente, esta operação alcança o mesmo efeito de dedução sem inclusão que a hipótese precedente, pois o pagamento de juros é dedutível no país B e não é tributado no país A. Se no exemplo anterior estávamos diante de um *regular hybrid*, por a entidade híbrida ser transparente para o país A, nesta hipótese prática, em virtude de a entidade híbrida ser opaca para o país A, estamos perante um *reverse hybrid*⁵³.

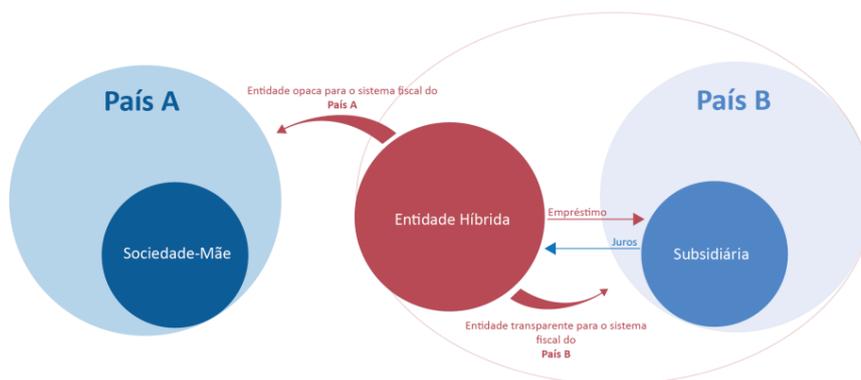


Figura 4. Dedução sem Inclusão utilizando uma Entidade Híbrida - Estrutura 2.

⁵² Esta operação decorre da experiência prática do Doutor Miguel Correia.

⁵³ Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 56 et seq.

2.2. Exemplos de Manobras que alcançam uma Dupla Não-Tributação mas que não configuram Híbridos

2.2.1. Dupla Dedução utilizando uma Entidade com Dupla Residência⁵⁴

Como vem sendo habitual, a sociedade-mãe, residente no país A, detém uma subsidiária, residente no país B, mas, agora, por intermédio de uma entidade com dupla residência.

Enquanto que a lei fiscal doméstica do país A utiliza a sede estatutária como elemento de conexão para definir a residência, o país B, para o mesmo efeito, recorre à direção efetiva. Como a entidade tem sede estatutária no país A, direção efetiva no país B e não existe CDT⁵⁵ entre os países A e B, a entidade é residente, para efeitos fiscais, nos dois países (*dual residence entity*)⁵⁶. Assumindo que a entidade tem prejuízos - uma vez que pode usufruir do RETGS no país A e no país B - obtém a duplicação de uma vantagem fiscal, compensando duas vezes a mesma perda.

O resultado final é uma dupla dedução, em que uma só despesa é deduzida duas vezes, em dois países diferentes.

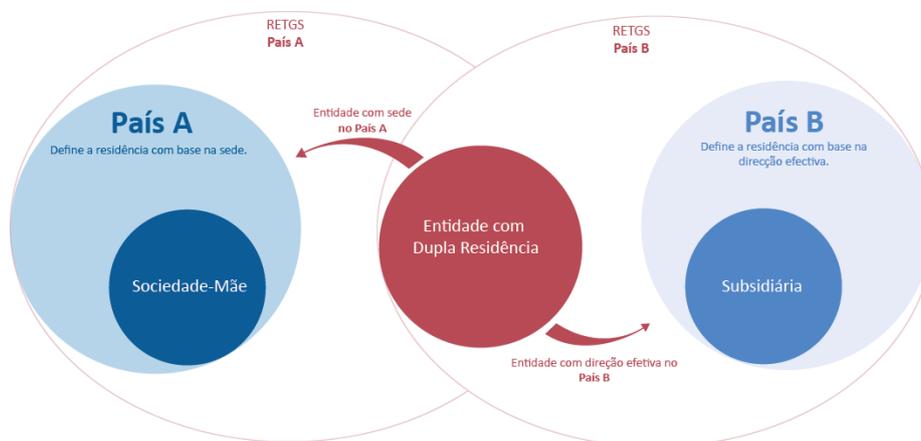


Figura 5. Dupla Dedução utilizando uma Entidade com Dupla Residência.

⁵⁴ Cfr. OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning* (2011), p. 57; OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 46 et seq.

⁵⁵ A CMOCDE consagra um critério de desempate, no art. 4.º, n.º 3, a favor da direção efetiva.

⁵⁶ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 7 § 10; HUGH J. AULT, et al., *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis* (Kluwer Law International 3ª ed. 2010), p. 443 et seq.

2.2.2. Dedução sem Inclusão utilizando um Estabelecimento Estável⁵⁷

A sociedade-mãe, residente no país A, detém a entidade X, localizada no país B, que constitui uma relação de grupo com duas subsidiárias, Y e Z, residentes no país B. Entre o país A e o país B não existe CDT. A entidade X tem como finalidade exclusiva a detenção dos direitos de propriedade intelectual do grupo. As subsidiárias Y e Z, efetuam pagamentos de juros e *royalties* à entidade X, a título de direitos de autor.

Na perspetiva da lei fiscal doméstica do país B, a entidade X não preenche os requisitos para configurar um EE. Consequentemente, uma vez que o país da fonte só pode tributar os lucros empresariais dos não residentes quando estes dispõem de EE no seu território, os rendimentos obtidos pela entidade X, provenientes do pagamento de juros e *royalties*, não são tributados. Tais pagamentos constituem custos fiscalmente dedutíveis na esfera de Y e Z. Para a lei fiscal interna do país A, a entidade X não só reúne as condições exigidas para constituir um EE no país B, como isenta de tributação os lucros distribuídos pelo EE ao *head office*.

Atingimos, um resultado de dedução sem inclusão, porque os pagamentos de juros e *royalties* são custos fiscalmente dedutíveis no país B, mas os respetivos rendimentos não são tributados no país A⁵⁸.

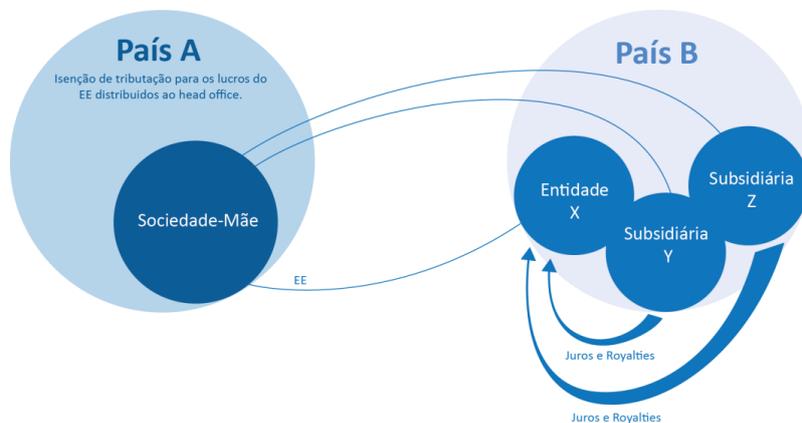


Figura 6. Dedução sem Inclusão utilizando um Estabelecimento Estável.

⁵⁷ O exemplo foi retirado da experiência prática do Doutor Miguel Correia.

⁵⁸ Este tipo de planeamento não seria viável se o país da residência, em lugar do método de isenção, utilizasse o mecanismo do crédito de imposto. A solução para este caso de dupla não-tributação chega por via unilateral, quando a lei fiscal interna do país da residência submete o benefício da isenção à condição de o rendimento estar sujeito e não isento de imposto no país da fonte. Quando tal condição não se verifique, há um *switch over* para o método do crédito de imposto.

Cumprida mais uma etapa da nossa jornada, nem por isso findam as interrogações. A comunidade internacional tem mecanismos para obstar à dupla não-tributação alcançada pelos híbridos? Ou é vulnerável? É com estas questões que lançamos a cena do próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

SOLUÇÕES

No percurso já efetuado, denunciámos a construção assimétrica do sistema fiscal internacional, evidenciamos as dissimelhanças de caracterização fiscalmente relevantes e descrevemos o *modus operandi* das estruturas híbridas. Neste derradeiro capítulo, é nossa intenção dar conta das opções que, à partida, se afiguram como viáveis para superar os problemas enunciados e testar a sua exequibilidade. Umhas, mais drásticas, porque pressupõem uma nova configuração para o sistema fiscal internacional, são apresentadas como soluções radicais. Outras, menos ousadas, porque procuram apenas aperfeiçoar o sistema existente, são referidas como soluções moderadas.

3.1. Soluções Radicais

3.1.1. Dirigidas aos Instrumentos Financeiros Híbridos

3.1.1.1. Os Modelos CBIT e ACE

A correção da desigualdade fiscal ao nível das fontes de financiamento das empresas é, tradicionalmente, associada a dois modelos distintos que, todavia, perseguem um objetivo comum: a simetria no tratamento fiscal de juros e dividendos.

O modelo CBIT nega a dedutibilidade fiscal dos pagamentos de juros, à semelhança do que já decorre para a remuneração do capital⁵⁹. Aplicado em contexto

⁵⁹ O modelo CBIT surgiu em 1992, por autoria do tesouro norte-americano. Cfr. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Integration of the Individual and Corporate Tax Systems: Taxing Business Income Once* (1992), p. 39 et seq. Esta opção para corrigir o *debt bias* não foi plenamente acolhida em nenhuma jurisdição. Não obstante, há países que deram passos nesse sentido, ao aplicarem medidas especificamente dirigidas a restringir a dedutibilidade dos pagamentos de juros, como sucede na Alemanha, Itália, França ou Portugal. Cfr. RUUD A. DE MOOIJ & MICHAEL P. DEVEREUX, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An Applied Analysis of ACE and CBIT Reforms*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 17 (2009), p. 18 et seq.; SERENA FATICA, et al., p. 12 et seq.; EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE GENERAL FOR TAXATION AND CUSTOMS UNION / DIRECTORATE GENERAL FOR ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS, *Tax Reforms in EU Member 2013 - Tax Policy Challenges for Economic Growth and Fiscal Sustainability*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 38 (2013), p. 63 et seq.

internacional, esta proposta implica a não dedutibilidade dos pagamentos de juros ao nível do Estado da fonte, conjugada com a isenção de tributação dos respetivos rendimentos no Estado de residência da entidade beneficiária dos pagamentos (para evitar a dupla tributação económica)⁶⁰.

Em contraposição, o modelo ACE, permite a dedutibilidade, para efeitos fiscais, dos dividendos distribuídos (confinada ao valor dos custos de capital) e mantém intacta a possibilidade de deduzir os juros. O retorno normal do capital não é tributado, incidindo o imposto sobre a parte dos lucros considerada excessiva, mormente sobre as rendas pagas aos acionistas⁶¹. A aplicação deste modelo em contexto internacional, implica a dedutibilidade fiscal do retorno normal do capital no país da fonte, conjugada com a tributação do respetivo rendimento no Estado de residência da entidade beneficiária da distribuição de dividendos (para que não ocorra uma dupla não-tributação)⁶².

Num cenário de harmonização global dos sistemas fiscais domésticos, ambos os modelos teriam oportunidade de vingar, dado que, ao tornar irrelevante a classificação fiscal dos instrumentos financeiros híbridos, eliminam o risco de dupla não-tributação desencadeada por disparidades de tratamento. Apesar disso, a harmonização, por colidir com a soberania fiscal estadual, não é uma opção praticável num horizonte temporal próximo⁶³.

⁶⁰ Cfr. SVEN-ERIC BÄRSCH, p. 317.

⁶¹ A origem deste modelo remonta a 1991 e foi protagonizada pelo *Institute for Fiscal Studies*, do Reino Unido. Cfr. INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES, *Equity for Companies: A Corporation Tax for the 1990s* (1991), p. 19 et seq. A Bélgica, em 2006, e a Letónia, em 2009, são casos recentes no panorama internacional de aplicação de variantes do sistema ACE. Portugal equacionou a implementação de um sistema deste tipo, na reforma do IRC que teve lugar em 2013. Contudo, a perda de receita fiscal, subjacente à aplicação generalizada deste modelo, desencorajou o avanço neste sentido. Cfr. COMISSÃO PARA A REFORMA DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS - 2013, *Anteprojeto de Reforma: Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego* (2013), p. 160; ANTÓNIO NEVES, et al., *O Novo IRC*, EY (Almedina. 2013), p. 95; RUUD A. DE MOOIJ & MICHAEL P. DEVEREUX, p. 12 et seq.; SERENA FATICA, et al., p. 14 et seq.; EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE GENERAL FOR TAXATION AND CUSTOMS UNION / DIRECTORATE GENERAL FOR ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS, p. 63 et seq.

⁶² Cfr. SVEN-ERIC BÄRSCH, p. 317 et seq.

⁶³ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 13 § 30. A favor da harmonização, cfr. CÉLINE ALLARD, et al., *Toward a Fiscal Union for the Euro Area*, IMF Staff Discussion Note (2013).

3.1.2. Dirigidas às Entidades Híbridas

3.1.2.1. Os Modelos Puros de Alocação de Competências Tributárias

Se a competência tributária for exercida, em exclusivo, ou pelo Estado da fonte ou pelo Estado da residência, coloca-se um ponto final na assimetria que advém da classificação fiscal de uma entidade como opaca ou transparente e elimina-se a possibilidade de disparidade. Tendo como parâmetro referencial a prossecução desse objetivo, podemos seguir um de dois modelos: ou adotamos um sistema de tributação territorial puro, conjugado com a homogeneização global da definição de fonte; ou, na hipótese inversa, optamos por um modelo de tributação pelo lucro mundial, conjugado com a homogeneização global da definição de residência⁶⁴.

A diferente estrutura económica dos vários países redunda em interesses antagónicos entre Estados importadores e Estados exportadores de capitais, inviabilizando, na prática, qualquer opção de fundo que elimine a coexistência entre os princípios da residência e da fonte. Ademais, o sucesso destes modelos depende da harmonização, e, sobre esta matéria, remetemos para os comentários tecidos no ponto anterior.

3.2. Soluções Moderadas

3.2.1. Cláusula Geral Anti-Abuso

Como a realidade supera a imaginação legislativa e os sistemas fiscais não podem ficar expostos à novidade ou à mutação dinâmica de expedientes abusivos, a previsão de uma CGAA, dotada de generalidade e abstração, é, cada vez mais, um facto consumado nas jurisdições modernas⁶⁵. Um comando normativo desta natureza, pretende atingir

⁶⁴ A homogeneização global das definições de fonte e residência, associada a cada um dos modelos, permite extinguir as possíveis divergências no preenchimento substantivo dos conceitos e, assim, garantir que não se verificam situações de competência cumulativa. Sobre os modelos radicais de alocação de competências tributárias cfr. MIGUEL CORREIA, p. 265 et seq.

⁶⁵ A CGAA portuguesa está prevista no art. 38.º, n.º 2, LGT, enquanto que os aspetos adjetivos, relacionados com o procedimento especial de aplicação, estão regulados no art. 63.º CPPT. Cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário - Contributos para a sua Compreensão* (Almedina. 2004); RUI DUARTE MORAIS, *Manual de Procedimento e Processo Tributário* (Almedina. 2012), p. 227 et seq. Para uma análise comparada da CGAA, cfr. ERNST & YOUNG, *GAAR*

esquemas ou transações, desprovidos de substância comercial, exclusivamente dirigidos para a obtenção de uma concreta vantagem fiscal, que é inconsistente com o espírito da lei. Trata-se de um mecanismo de salvaguarda do sistema fiscal, ao serviço da AT, que vê para lá da forma da transação, examinando a sua substância, investigando a malícia da sua intenção. Regra geral, os esquemas abusivos são sancionados pela CGAA com a desconsideração dos seus efeitos fiscais, repondo-se a tributação que teria lugar caso a operação abusiva não tivesse sido praticada.

Em abstrato, a CGAA é uma solução verosímil para lidar com os esquemas híbridos. Contudo, como é desenhada em ambiente doméstico, formatada pelas particularidades internas, há dificuldades que se levantam na sua aplicação generalizada às situações jurídico-tributárias plurilocalizadas e que a desacreditam como uma alternativa robusta para este efeito. Repare-se na dificuldade de demonstrar que uma transação internacional se prestou a defraudar uma concreta jurisdição fiscal⁶⁶. Dado o grau de subjetividade inerente à sua aplicação⁶⁷, bem como à diversidade de construções teóricas nos vários ordenamentos jurídicos⁶⁸, estamos em crer que o recurso generalizado a CGAA's domésticas, enquanto medida de combate aos híbridos, é suscetível de penalizar a certeza no comércio internacional e de fomentar a litigiosidade entre as AT's e os agentes económicos.

3.2.1.1. A Recomendação da Comissão Europeia para a adoção de uma Cláusula Geral Anti-Abuso Comum

Na recomendação relativa ao planeamento fiscal agressivo, a CE apresentou a sua formulação para uma CGAA abrangente e propôs que os EM's a incluíssem nas respetivas legislações nacionais. No texto da recomendação, pode ler-se que a adoção de uma CGAA comum permite evitar a coexistência de inúmeras regras diferentes, levando em consideração as limitações impostas pela legislação da UE nesta matéria⁶⁹.

Rising: Mapping Tax Enforcement's Evolution (Fevereiro, 2013), disponível em [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/\\$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf).

⁶⁶ Cfr. OCDE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 13 § 30.

⁶⁷ Cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, p. 24.

⁶⁸ Cfr. ALBERTO XAVIER, p. 476 et seq.; ERNST & YOUNG.

⁶⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning*, C 8806 final (2012); Anexo IV. Arriscando um exercício comparativo, tendemos a afirmar que a CGAA proposta pela CE é mais eficiente do que a versão portuguesa, uma vez que esclarece, *a priori*, quando é que estamos

Apesar da sua formulação inovadora, esta proposta denota dificuldades para lidar com as estruturas híbridas⁷⁰. Não é líquido, por exemplo, que os esquemas de dedução sem inclusão, utilizando instrumentos financeiros híbridos, preenchem, sem mais, a hipótese da norma, no sentido de serem considerados artificiais. Na formulação avançada pela CE, um esquema reputa-se de artificial quando é desprovido de substância comercial. Será que uma operação que utiliza um instrumento financeiro carece de substância comercial pelo simples facto de este ser, simultaneamente, qualificado como instrumento de dívida e como instrumento de capital em jurisdições diferentes?⁷¹ Admitindo tal hipótese, a estatuição da norma prevê que o esquema artificial seja desconsiderado, para efeitos fiscais, e tributado de acordo com sua substância económica. Mas, qual é a realidade económica se os países envolvidos na operação assumem posições incompatíveis na determinação da substância económica dos instrumentos de dívida e de capital?⁷²

3.2.1.2. A atualização da disposição anti-abuso da Diretiva “Sociedades-Mães e Afiliadas”

No plano de ação da CE contra a fraude e a evasão fiscal, prevê-se a alteração legislativa da DJR, DF e DSMA, dotada da pretensão de alinhar as respetivas disposições anti-abuso com os princípios que resultam da recomendação da CE para o planeamento fiscal agressivo⁷³.

A proposta de alteração à DSMA já avançou⁷⁴. A avaliação de impacto, concluiu que a opção mais eficaz para salvaguardar o funcionamento da DSMA passa pela

perante um esquema ou montagem, oferece critérios para apurar a sua artificialidade e determina quando é que se tem por verificado o propósito de evitar a tributação ou de obter uma vantagem fiscal. Este incremento de determinabilidade traduz-se em clareza na aplicação da norma e fortalece o princípio da segurança jurídica.

⁷⁰ Cfr. KASPER DZIURDŹ, “Circularly Linked” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test, 67 Bulletin for International Taxation 306 (2013), p. 310.

⁷¹ Cfr. *ibid.*

⁷² Cfr. *ibid.*

⁷³ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *An Action Plan to Strengthen the Fight Against Tax Fraud and Tax Evasion*, COM 722 final (2012), p. 9.

⁷⁴ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*, COM 814 final (2013); Anexo V.

atualização da sua disposição anti-abuso, em consonância com a formulação proposta pela CE para a CGAA, devidamente adaptada às circunstâncias da DSMA, e conjugada com a imposição, para os EM's, de transposição efetiva para o direito interno, até 31 de Dezembro de 2014⁷⁵.

A bondade desta alteração legislativa é medida pelas inúmeras vantagens que saltam à vista na leitura conjunta da avaliação de impacto e da exposição de motivos: uma disposição anti-abuso comum a todos os EM's garante clareza e segurança jurídica aos contribuintes e às AT's; melhora a eficácia das disposições anti-abuso domésticas dirigidas à evasão fiscal internacional; assegura a conformidade das medidas anti-abuso adotadas e aplicadas pelos EM's com o DUE, tal como interpretado pelo TJUE; evita que as empresas recorram a intermediários, localizados em EM's onde as regras anti-abuso são pouco rigorosas ou inexistentes⁷⁶.

3.2.2. Cláusulas Específicas Anti-Abuso

As CEAA's, por serem expressamente dirigidas a condutas bem sinalizadas (*specific anti-avoidance rules*), têm um âmbito de aplicação bastante mais reduzido do que a CGAA.

É neste contexto que se inscrevem aquelas regras que atuam sobre a dedutibilidade das despesas, seja para desincentivar o endividamento excessivo das empresas, seja para proteger a base tributária nacional de esquemas abusivos que, envolvendo entidades relacionadas ou residentes em territórios fiscalmente privilegiados, almejam a deslocalização de rendimentos. A aplicação destas regras impede a dedutibilidade dos juros correspondentes à parte da dívida considerada excessiva. Em alguns países, onde a penalização tributária vai mais longe, os juros

⁷⁵ Para além da opção referida, também se avaliou a manutenção do *status quo* e a atualização da disposição anti-abuso da DSMA, com a transposição da alteração legislativa para o direito interno a ser deixada à disponibilidade de cada EM. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*, SWD 474 final (2013).

⁷⁶ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*; EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*.

considerados excessivos, além de não serem dedutíveis, são requalificados como dividendos, sujeitos a um tratamento fiscal mais gravoso. O excesso de endividamento pode ser medido em função do rácio dívida / capital próprio (*thin capitalization rules*), ou, com limites mais estreitos, em função do EBITDA da empresa (*earning stripping rules*)⁷⁷.

Outra abordagem possível, passa por negar a dedutibilidade fiscal de pagamentos que não estão sujeitos a um limite mínimo de tributação no Estado da entidade beneficiária do rendimento (*subject-to-tax rule*)⁷⁸.

Como se percebe, estas disposições anti-abuso destinam-se a prevenir outras realidades que não as estruturas híbridas, mas, como fixam limites à dedutibilidade das despesas ao nível da entidade que efetua o pagamento, podem, lateralmente, ter um impacto positivo nos casos de dedução sem inclusão⁷⁹.

3.2.2.1. A Recomendação da Comissão Europeia para a introdução de uma Cláusula Específica Anti-Abuso nas Convenções de Dupla Tributação

Quando celebram CDT's, os Estados podem isentar de tributação certas categorias de rendimento. No entanto, muitas vezes, fazem-no sem levar em consideração se tais categorias de rendimento são ou não tributadas pela contraparte. Esta descoordenação pode redundar numa dupla não-tributação⁸⁰. É neste contexto que se situa a recomendação da CE para a inclusão de uma CEAA nas CDT's onde os EM's figuram como parte contratante. A CEAA destina-se a assegurar que o compromisso assumido pelos EM's, de não tributar uma certa categoria de rendimento, só se aplica quando esse mesmo rendimento estiver sujeito a imposto no outro Estado contratante⁸¹.

⁷⁷ Cfr. PETER HARRIS, *Corporate Tax Law - Structure, Policy and Practice*, p. 198 et seq.; JENNIFER BLOUIN, et al., *Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 42 (2014). O sistema fiscal português conviveu com uma regra de subcapitalização até 2013, ano em que foi substituída por uma *earning stripping rule* que limita a dedutibilidade dos gastos de financiamento. Na configuração atual do art. 67.º CIRC, a *ratio* anti-abuso que lhe estava subjacente, diluiu-se e deu vez a um Estado paternalista que fixa limites de endividamento e nega a dedutibilidade dos encargos financeiros correspondentes ao excesso de dívida, não importando, para tanto, a residência do mutuante ou a existência de relações especiais.

⁷⁸ OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 13 et seq.

⁷⁹ Cfr. *ibid.*

⁸⁰ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning*, p. 3.

⁸¹ Cfr. Anexo VI.

Esta medida pode projetar os seus efeitos sobre as manobras híbridas, visto que estas integram o lote de esquemas de planeamento fiscal agressivo com predisposição para obter uma dupla não-tributação. Contudo, é bom notar que os efeitos positivos da recomendação da CE se esgotam nas CDT`s de âmbito bilateral. As situações que envolvem mais do que dois Estados ficam fora do seu raio de ação.

3.2.2.2. Cláusulas Específicas Anti-Híbridos

No interior das CEEA`s, podemos erguer um conjunto mais restrito de regras (*targeted anti-avoidance rules*), funcionalmente vocacionado para lidar com híbridos (*hybrid mismatch rules*), que estabelece um objetivo transversal: a classificação oferecida pelo sistema fiscal doméstico a uma entidade ou instrumento financeiro, deve considerar o tratamento fiscal que é dispensado à entidade ou instrumento financeiro pelo sistema tributário do país estrangeiro (*linking rules*)⁸².

3.2.2.2.1. Cláusulas Específicas dirigidas aos Instrumentos Financeiros Híbridos

A estratégia-base consiste em negar a dedutibilidade de uma despesa ou a isenção de um rendimento, consoante se atue, respetivamente, ao nível do Estado da fonte ou do Estado da residência. Na primeira abordagem, nega-se a dedutibilidade fiscal de um pagamento que não é tributado na esfera da entidade que recebe o rendimento, devido a uma disparidade de tratamento⁸³. Na segunda hipótese, nega-se a isenção fiscal aos pagamentos que são dedutíveis na esfera da entidade que os efetua, devido a uma disparidade de tratamento⁸⁴.

⁸² Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 14 et seq.; OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*.

⁸³ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 18.

⁸⁴ Cfr. *ibid.*, p. 18 et seq. No exemplo típico, válido para as duas abordagens, a disparidade ocorre quando o instrumento de financiamento é: (a) classificado como instrumento de dívida, à luz do direito interno da jurisdição da entidade pagadora, dando origem a um pagamento de juros fiscalmente dedutível; (b) caracterizado como instrumento de capital na jurisdição da entidade beneficiária do rendimento, dando origem a uma distribuição de dividendos que é isenta de tributação por aí vigorar, por exemplo, um regime de *participation exemption* para os lucros provenientes do exterior.

A OCDE concede privilégio à primeira abordagem e recomenda a adoção de uma *primary rule*⁸⁵ que, atuando ao nível do Estado da fonte, nega a dedutibilidade do pagamento, na medida em que este não seja incluído no rendimento da entidade beneficiária. A *defensive rule*, a ser aplicada no Estado da residência, aponta para a inclusão do pagamento no rendimento normal da entidade beneficiária, na medida em que o pagamento seja dedutível na jurisdição da entidade que o efetua. A OCDE também propõe que os regimes domésticos de *participation exemption* sejam alterados, no sentido de não serem aplicáveis a rendimentos que são dedutíveis noutras jurisdições⁸⁶.

⁸⁵ Para prevenir casos de dupla tributação económica na aplicação de CEAH domésticas, a OCDE apresentou um acervo de regras hierarquizadas, determinadas por critérios de eficiência e de facilidade de aplicação. A *primary rule* é suscetível de ser aplicada sempre que emerge uma disparidade. A *defensive rule* atua subsidiariamente, quando as circunstâncias determinam que a *primary rule* não se pode aplicar (o que acontece, normalmente, quando a jurisdição que devia aplicar a *primary rule* não dispõe de CEAH desse tipo). Na hipótese de existirem diferentes CEAH a aplicarem-se à mesma estrutura híbrida, o concurso positivo é dirimido por uma *ordering rule*. Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 11 § 31. A metodologia descrita evita raciocínios de natureza circular, advenientes da remissão recíproca de leis fiscais domésticas, e dispensa a existência de um *tie-breaker test*. Cfr. KASPER DZIURDŹ. Ao contrário da prática de alguns países (como a Dinamarca), a abordagem da OCDE limita-se a alinhar as consequências fiscais e não exige a requalificação da entidade ou do instrumento financeiro. Cfr. JAKOB BUNDGAARD, *Cross-Border Tax Arbitrage Using Inbound Hybrid Financial Instruments Curbed in Denmark by Unilateral Reclassification of Debt into Equity*, 62 *Bulletin for International Taxation* 33 (2008).

⁸⁶ Neste sentido, andou bem Portugal. A reforma do IRC, apostada na redefinição da política fiscal internacional do Estado português, promoveu a relativização das ambições tributárias portuguesas quanto aos rendimentos gerados no exterior, através do aprofundamento do princípio da territorialidade. Em termos práticos, isto traduziu-se na previsão de um regime de *full participation exemption*, previsto no art. 51.º CIRC, que, conferidos certos requisitos, elimina a dupla tributação económica através da isenção de tributação dos dividendos e das mais-valias relativos a participações qualificadas. O n.º 10, al. a) do art. 51.º, incorpora uma regra anti-*mismatch* onde se prescreve que o benefício da *participation exemption* só está disponível na medida em que os lucros e reservas distribuídos não correspondam a gastos dedutíveis pela entidade que os distribui. Cfr. COMISSÃO PARA A REFORMA DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS - 2013, p. 116 et seq. Para uma visão detalhada das recomendações da OCDE para as CEAH dirigidas aos instrumentos financeiros, cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 19 et seq.

Se a primeira abordagem colhe a preferência da OCDE, a segunda hipótese é bem vista pelo GCCTE⁸⁷. O referido Grupo ponderou as duas opções e concordou que, para neutralizar os instrumentos financeiros híbridos, o EM da residência não deve isentar de tributação os dividendos distribuídos, quando tais pagamentos são dedutíveis no EM da fonte. Esta opção parece ter sido acolhida por implicar alterações ao direito interno num menor número de EM's⁸⁸.

3.2.2.2.1.1. A introdução de uma Cláusula Específica dirigida aos Instrumentos Financeiros Híbridos na Diretiva “Sociedades-Mães e Afiliadas”

Tal como está configurada, a DSMA presta-se a ser defraudada pelos instrumentos financeiros híbridos, uma vez que obriga o EM da sociedade-mãe a isentar de tributação (ou a conceder um crédito de imposto) os dividendos distribuídos pelas sociedades afiliadas estabelecidas noutros EM's, ainda que tais pagamentos sejam fiscalmente dedutíveis no EM de origem. Para corrigir esta realidade, dando sequência às orientações do GCCTE, a DSMA tem que ser revista⁸⁹. Assim, a proposta da CE de alteração à DSMA, opera uma modificação legislativa pela qual o EM da sociedade-mãe só deve isentar de tributação os dividendos distribuídos, na medida em que estes não sejam fiscalmente dedutíveis no EM da sociedade afiliada⁹⁰. Pela positiva, o EM da sociedade-mãe deve tributar, apenas e só, a parte do rendimento que foi dedutível no

⁸⁷ Cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas* (Almedina. 2013), p. 107 et seq.

⁸⁸ Cfr. SVEN-ERIC BÄRSCH, p. 119 et seq.; OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 19, nota de rodapé 17.

⁸⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *An Action Plan to Strengthen the Fight Against Tax Fraud and Tax Evasion*, p. 9 § 14.

⁹⁰ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*; Anexo V. Foram estudados dois cenários adicionais: a manutenção do *status quo* e a exclusão, do âmbito de aplicação da DSMA, dos dividendos distribuídos que são dedutíveis no EM da fonte. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*.

EM da sociedade afiliada. Em caso de aprovação pelos EM's, a medida deverá ser transposta para o direito interno até 31 de Dezembro de 2014⁹¹.

3.2.2.2.2. Cláusulas Específicas dirigidas às Entidades Híbridas

À semelhança do que vimos acontecer com os instrumentos financeiros híbridos, as entidades híbridas podem ser neutralizadas através de regras que negam a dedutibilidade fiscal de um pagamento que não é tributado na esfera da entidade beneficiária (na hipótese de dedução sem inclusão), ou que é dedutível noutra jurisdição (nas situações de *double dipping*), devido a uma disparidade de tratamento.

Em termos genéricos, as recomendações da OCDE apontam para a limitação da dedutibilidade dos pagamentos, em função da dupla inclusão do rendimento. Vejamos dois exemplos. Na hipótese de dupla dedução⁹², que apresentamos na figura 2, a aplicação da *primary rule* leva a que a dedução seja negada na jurisdição do investidor (país A), na medida em que esta exceda a dupla inclusão do rendimento do sujeito passivo (sociedade-mãe) para o mesmo exercício fiscal. Como o rendimento da sociedade-mãe só é considerado para, efeitos fiscais, numa jurisdição (país A)⁹³, a dedução que ocorre no país A é, na sua totalidade, considerada excessiva e deve ser negada⁹⁴. Na eventualidade de não existir uma regra deste tipo no país A, aplica-se a *defensive rule*⁹⁵, que, seguindo a mesma lógica, projeta os seus efeitos na jurisdição da subsidiária (país B), negando a dedução do pagamento na medida em que esta exceda a dupla inclusão do rendimento do sujeito passivo (entidade híbrida) para o mesmo período. Esta regra não obsta, pelo menos diretamente, a que a entidade híbrida utilize

⁹¹ Cfr. CHRISTOPH MARCHGRABER, *Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes - The Proposal of the European Commission*, 54 *European Taxation* 113 (2014).

⁹² Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 15 et seq. Para análise completa das recomendações da OCDE aos casos de dupla dedução, cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 44 et seq.

⁹³ Uma vez que a entidade híbrida não gera rendimento.

⁹⁴ Em rigor, a proposta de solução da OCDE não comporta uma verdadeira negação da dedução, já que permite o *carryforward* do excesso de dedução, suscetível de compensar a possível dupla inclusão do rendimento nos exercícios fiscais subsequentes. Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 51.

⁹⁵ *Defensive rule* que, no caso específico das entidades com dupla residência, é aplicada pelas duas jurisdições afetadas. Cfr. *ibid.*, p. 54 § 192.

as suas despesas para compensar os lucros da subsidiária. O ponto fundamental é que o rendimento compensado seja considerado, para efeitos de tributação, nas duas jurisdições, o que efetivamente não acontece *in casu*, dado que o rendimento da subsidiária só releva fiscalmente para o país B⁹⁶.

Noutro exemplo, quando estamos perante uma dedução sem inclusão⁹⁷, semelhante à hipótese prática da figura 3, a aplicação da *primary rule*, na jurisdição da entidade pagadora (país B), nega a dedução do pagamento na medida em que este exceda a dupla inclusão do rendimento da entidade que efetua o pagamento (entidade híbrida). Como a entidade híbrida não tem nenhum rendimento significativo, é possível que a dupla inclusão do rendimento seja nula e, conseqüentemente, a dedução é, totalmente, negada. No caso de o país A ter de aplicar a *defensive rule*, a parte da dedução que excede a dupla inclusão do rendimento da entidade híbrida, no país B, deve ser reconhecida, no país A, como rendimento da sociedade-mãe⁹⁸.

O GCCTE, apesar de estar atualmente a trabalhar em soluções para as entidades híbridas, ainda não apresentou as suas conclusões sobre esta matéria.

3.2.2.2.1. O Reconhecimento Mútuo de Entidades

As cláusulas específicas afetas às entidades híbridas, podem ser desenvolvidas a partir de outro modelo, baseado no reconhecimento mútuo de entidades para fins fiscais, que tem colhido a pronúncia favorável da literatura especializada⁹⁹. Com esta abordagem, pretende-se que a lei fiscal doméstica reconheça a classificação fiscal que é dada a uma entidade pelo sistema tributário estrangeiro. Implica, portanto, que um Estado desconsidere as suas regras de classificação internas e trate fiscalmente a entidade de acordo com a caracterização determinada pelas regras que vigoram noutra jurisdição.

⁹⁶ Cfr. *ibid.*, p. 52 § 187.

⁹⁷ Cfr. *ibid.*, p. 47 et seq.; OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, p. 17 et seq.

⁹⁸ Quanto às recomendações propostas para os *reverse hybrids*, cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, p. 56 et seq.

⁹⁹ Cfr. GUS FIBBE, p. 323 et seq.; FÁBIO SARAIVA MARQUES, p. 191 et seq. Os dois autores corroboram a hipótese de a implementação deste modelo, no seio da UE, suceder por meio de Diretiva. Contudo, a aprovação de uma Diretiva requer o consentimento unânime dos 28 EM's (art. 115.º TFUE) e, face à diversidade de egos estaduais, parece pouco provável que exista um entendimento pleno nesta matéria.

O modelo de *mutual recognition* permite alinhar as regras de classificação domésticas, atingindo um nível de coordenação assinalável, onde os países envolvidos na transação tratam de igual forma a entidade em causa, eliminando a disparidade de tratamento, quer nas situações de dupla dedução, quer na hipótese de dedução sem inclusão.

3.2.2.2.3. Apreciação Crítica das Cláusulas Específicas Anti-Híbridos

As CEAH constituem uma solução profícua para eliminar as disparidades de tratamento e reabilitar a coerência do sistema fiscal internacional, introduzindo, à semelhança do já decorre para o contexto doméstico, um princípio de correspondência, em que um pagamento fiscalmente dedutível dá origem a um rendimento tributável¹⁰⁰.

O sucesso das CEAH domésticas está dependente da sua aplicação generalizada. Para serem universalmente aceites, as CEAH precisam de gerar consenso na comunidade internacional. E é aqui que começam os problemas. Ao prever, para cada caso, uma *primary* e uma *secondary* ou *defensive rule*, a OCDE parece ter subestimado a complexidade das soluções que desenhou¹⁰¹. Para não caírem no âmbito de aplicação destas medidas, os contribuintes são forçados a conhecer, com detalhe apreciável, as normas que vigoram nos diferentes sistemas fiscais¹⁰². Determinar, por exemplo, se um instrumento de financiamento é tratado como dívida ou capital noutra jurisdição, ou conhecer o tratamento fiscal a que está sujeito a contraparte numa transação, quando estão em causa entidades não relacionadas, pode ser tarefa árdua, suscetível de elevar os custos de contexto. Dificuldade que não é exclusiva dos contribuintes, mas que se estende às AT's, que terão de ser devidamente auxiliadas pela agilização dos mecanismos de troca de informação e de cooperação administrativa.

Quando aplicadas de forma mecânica, como parece resultar das recomendações da OCDE, as CEAH podem ser acionadas por operações que não pretendem defraudar a lei, perturbando o comércio internacional. Seria mais avisado, por exemplo, temperar a rigidez das CEAH com um *business purpose test* que permita averiguar a intenção

¹⁰⁰ Cfr. OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (2013), p. 9.

¹⁰¹ Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Comments Received on Public Discussion Drafts (2014), p. 182 et seq.

¹⁰² Cfr. *ibid.*, p. 193 et seq.

subjativa e determinar se existe um genuíno interesse comercial subjacente à estrutura híbrida¹⁰³.

Também não devemos esquecer que as CEAH, quando introduzidas em contexto doméstico, assimilam as vicissitudes dos sistemas em que se inserem e são esculpadas em função da cultura do ordenamento jurídico-tributário que as acolhe. A ser assim, estima-se que as variações das regras domésticas, além de gerarem incerteza, possam fomentar hipóteses de dupla tributação¹⁰⁴ ou de dupla não-tributação.

Outro ponto que promete discussão acesa, com desfecho imprevisível, prende-se com a compatibilidade das CEAH com o DUE. Como a aplicação destas medidas implica a negação, nas operações plurilocalizadas, de benefícios que são garantidos em contexto estritamente doméstico, levanta-se a questão de saber se a prevenção da dupla não-tributação pode ser suscetível de justificar, por si só, uma restrição às liberdades fundamentais da UE. *Marchgraber*¹⁰⁵ fez um levantamento da jurisprudência do TJUE, incluindo as decisões relativas à dupla utilização de perdas ou à dupla tributação, e constatou que não é possível obter conclusões firmes, em sentido positivo ou negativo. Além disso, ainda que a justificação seja admitida, a proporcionalidade da medida tem que ser examinada¹⁰⁶. De acordo com o autor, do escrutínio das decisões do TJUE, parece resultar que, geralmente, as liberdades fundamentais não precluem a possibilidade de existirem regras domésticas que fazem depender o tratamento fiscal interno do tratamento fiscal noutra jurisdição. Só que, neste aspeto, a jurisprudência do TJUE é ambígua, não permitindo decifrar, com clareza, as circunstâncias em que isso é admissível.

Finalmente, não deixamos de reparar no desacerto de posições e na inconsistência das propostas da OCDE e da UE relativamente aos instrumentos financeiros híbridos. É, no mínimo, estranho, que instituições que proclamam a coordenação, e que assumem estar em colaboração, não pratiquem a concertação.

¹⁰³ Cfr. *ibid.*, p. 404.

¹⁰⁴ Cfr. *ibid.*, p. 163.

¹⁰⁵ Cfr. CHRISTOPH MARCHGRABER, p. 139 et seq.

¹⁰⁶ Para maior desenvolvimento sobre as liberdades fundamentais da UE e sobre os momentos típicos do raciocínio do TJUE, cfr. JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu - O Paradigma da Proporcionalidade: A Proporcionalidade como Critério Central da Compatibilidade de Normas Tributárias Internas com as Liberdades Fundamentais* (Coimbra Editora. 2010).

3.2.2.2.4. O projeto BEPS da OCDE

O BEPS é um projeto da OCDE, politicamente suportado pelo G20, que deu origem a um relatório onde se abordam temas relevantes da fiscalidade internacional, num contexto de globalização e integração económica, relacionados com técnicas de evasão e planeamento fiscal agressivo, que desembocam na erosão da base tributária e na deslocalização de rendimentos¹⁰⁷.

Na sequência desse relatório, em 2013, foi elaborado um plano de ação¹⁰⁸, composto por 15 medidas¹⁰⁹, intencionadas a devolver a coerência, a substância e a transparência à fiscalidade internacional. Entre as ações a realizar a breve trecho, conta-se, *inter alia*, a neutralização dos efeitos dos híbridos, admitindo-se, para tanto, recomendações que apontam para a elaboração de CEAH domésticas e alterações à CMOCDE¹¹⁰.

Para concretizar o primeiro objetivo enunciado, a OCDE, numa iniciativa muito recente, publicou um documento de consulta pública, cujos traços essenciais fomos reproduzindo ao longo da exposição, que serve de base para a discussão, com vista a afinar o desenho técnico das CEAH domésticas¹¹¹. Paralelamente, decorre o debate, diretamente relacionado com os híbridos, mas integrado na ação relativa ao *treaty shopping*, sobre as modificações a efetuar à CMOCDE¹¹². Neste domínio, aborda-se: (a) a adição de um n.º 2, ao art. 1.º¹¹³ e a alteração do n.º 3 do art. 4.º, destinadas, respetivamente, a impedir que as entidades transparentes e as entidades com dupla residência¹¹⁴, beneficiem, ilegítimamente, das disposições dos tratados; (b) a interação das CEAH domésticas com as disposições da CMOCDE¹¹⁵.

¹⁰⁷ Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

¹⁰⁸ Cfr. OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

¹⁰⁹ A serem concretizadas em três etapas: setembro de 2014, setembro de 2015 e dezembro de 2015. Cfr. *ibid.*, p. 29 et seq.

¹¹⁰ Cfr. *ibid.*, p. 15 et seq.

¹¹¹ Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*.

¹¹² Cfr. OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*.

¹¹³ Cfr. *ibid.*, p. 6 et seq.

¹¹⁴ Cfr. *ibid.*, p. 5 et seq.

¹¹⁵ Cfr. *ibid.*, p. 10 et seq.

Observando a calendarização para a finalização das diferentes ações, salta à vista o facto de o prazo para a conclusão das medidas destinadas a neutralizar os efeitos dos híbridos findar em setembro de 2014, enquanto as ações relativas às regras CFC, à dedutibilidade de juros e às práticas fiscais prejudiciais, terminam em 2015. Seria proveitoso que as conclusões apuradas em sede de híbridos considerassem o impacto das ações que lhe estão diretamente associadas.

CONCLUSÃO

Como pretendemos demonstrar, a condição lógica para a verificação de uma disparidade de tratamento implica, em abstrato, a existência de, pelo menos, duas possibilidades de classificação que, no nosso caso, se associam a consequências fiscais distintas. Se não ocorresse uma diferenciação, pela via fiscal, das entidades e das suas fontes de financiamento - o mesmo é dizer, se o sistema fiscal internacional não fosse assimétrico - as disparidades de tratamento, entendidas como dissimelhanças de classificação fiscalmente relevantes, não teriam causa. Em planos diferentes, se os rendimentos da dívida e do capital fossem tratados de forma simétrica e se a competência tributária fosse exercida, em exclusivo, pelo Estado da fonte ou pelo Estado da residência, a classificação da entidade ou do instrumento de financiamento, qualquer que ela fosse, seria completamente irrelevante para efeitos de tributação e não afetaria a neutralidade do sistema fiscal internacional.

Em último termo, a idealização do problema remete-nos para a harmonização dos sistemas fiscais domésticos, uma solução inviável num futuro próximo, por esbarrar na soberania fiscal estadual. Se não é possível prevenir o problema, corrigindo diretamente as assimetrias, podemos remediá-lo, reagindo às disparidades. Neste particular, as CEAH, por se tratarem de disposições geneticamente programadas para lidar com os híbridos, são a opção mais assertiva para acautelar o problema, eliminando a disparidade de tratamento.

Apesar deste virtuosismo, as CEAH prestam-se a riscos significativos e o seu futuro não é isento de dificuldades. Se há variáveis incontrolláveis, como o sentido de uma possível decisão do TJUE, outras podiam ser ultrapassadas, com maior serenidade institucional. O tema está em constante atualização e deverá ganhar contornos mais nítidos num horizonte temporal não muito distante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Monografias

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os Instrumentos Financeiros* (Almedina. 2009).

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades* (2010).

ARNOLD, BRIAN J. & MICHAEL J. MCINTYRE, *International Tax Primer* (Kluwer Law International 2^a ed. 2002).

AULT, HUGH J., et al., *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis* (Kluwer Law International 3^a ed. 2010).

AVI-YONAH, REUVEN S., *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime* (Cambridge University Press. 2007).

AVI-YONAH, REUVEN S., et al., *Global Perspectives on Income Taxation Law* (Oxford University Press. 2011).

BÄRSCH, SVEN-ERIC, *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-Border Context - Issues and Options for Reform* (Springer. 2012).

CORREIA, MIGUEL, *Taxation of Corporate Groups*, Series on International Taxation Vol. 43 (Wolters Kluwer. 2013).

COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário - Contributos para a sua Compreensão* (Almedina. 2004).

DUNCAN, JAMES A., *General Report, in Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International Vol. 85a (IFA ed., Kluwer Law International. 2000), p. 24 et seq.

FIBBE, GIJS, *EC Law Aspects of Hybrid Entities*, Doctoral Series Vol. 15 (IBFD. 2009).

GOMES, FÁTIMA, *Obrigações Convertíveis em Acções* (Universidade Católica Editora. 1999).

HARRIS, PETER, *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights Between Countries: A Comparison of Imputation Systems* (IBFD. 1996).

HARRIS, PETER, *International Commercial Law* (Cambridge Tax Law Series. 2010).

HARRIS, PETER, *Corporate Tax Law - Structure, Policy and Practice* (Cambridge Tax Law Series. 2013).

MARQUES, FÁBIO SARAIVA, *Hybrid Issues and Partnerships - Issues within EC Law and Double Tax Treaties*, in *Os 10 Anos de Investigação do CIJE* (Glória Teixeira & Ana Sofia Carvalho eds., Almedina. 2010).

MCDANIEL, PAUL R. & HUGH J. AULT, *Introduction to United States International Taxation* (Kluwer Law International 4^a ed. 1998).

MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado* (Publicações Universidade Católica. 2005).

MORAIS, RUI DUARTE, *Sobre o IRS* (Almedina 2^a ed. 2008).

MORAIS, RUI DUARTE, *Apontamentos ao IRC* (Almedina. 2009).

MORAIS, RUI DUARTE, *Manual de Procedimento e Processo Tributário* (Almedina. 2012).

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas* (Almedina. 2013).

NABAIS, JOSÉ CASALTA, *Direito Fiscal* (Almedina 7^a ed. 2014).

NEVES, ANTÓNIO, et al., *O Novo IRC*, EY (Almedina. 2013).

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO, *Direito Fiscal Europeu - O Paradigma da Proporcionalidade: A Proporcionalidade como Critério Central da Compatibilidade de Normas Tributárias Internas com as Liberdades Fundamentais* (Coimbra Editora. 2010).

PEREIRA, MANUEL HENRIQUES DE FREITAS, *Fiscalidade* (Almedina 4^a ed. 2013).

PEREIRA, PAULA ROSADO, *Princípios do Direito Fiscal Internacional: Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu* (Almedina. 2010).

RIXEN, THOMAS, *The Political Economy of International Tax Governance*, Transformations of the State Series (Palgrave Macmillan. 2008).

SANCHES, J.L. SALDANHA, *Manual de Direito Fiscal* (Coimbra Editora 2ª ed. 2002).

TEIXEIRA, MANUELA DURO, *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes* (Almedina. 2007).

TERRA, BEN J.M. & PETER J. WATTEL, *European Tax Law* (Wolters Kluwer 6ª ed. 2012).

VASQUES, SÉRGIO, *Manual de Direito Fiscal* (Almedina. 2013).

XAVIER, ALBERTO, *Direito Tributário Internacional* (Almedina 2ª ed. 2011).

Publicações Periódicas

ALLARD, CÉLINE, et al., *Toward a Fiscal Union for the Euro Area*, IMF Staff Discussion Note (2013).

BÄRSCH, SVEN-ERIC & CHRISTOPH SPENGLER, *Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice*, 67 Bulletin for International Taxation 520 (2013).

BLOUIN, JENNIFER, et al., *Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 42 (2014).

BUNDGAARD, JAKOB, *Cross-Border Tax Arbitrage Using Inbound Hybrid Financial Instruments Curbed in Denmark by Unilateral Reclassification of Debt into Equity*, 62 Bulletin for International Taxation 33 (2008).

DZIURDŹ, KASPER, *“Circularly Linked” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test*, 67 Bulletin for International Taxation 306 (2013).

EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE GENERAL FOR TAXATION AND CUSTOMS UNION / DIRECTORATE GENERAL FOR ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS, *Tax Reforms in EU Member 2013 - Tax Policy Challenges for Economic Growth and Fiscal Sustainability*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 38 (2013).

FATICA, SERENA, et al., *The Debt-Equity Tax Bias: Consequences and Solutions*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 33 (2012).

HEMMELGARN, THOMAS & GAËTAN NICODÈME, *The 2008 Financial Crisis and Taxation Policy*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 20 (2010).

KAHLENBERG, CHRISTIAN, *Classification of Foreign Entities for German Tax Purposes*, 54 *European Taxation* 152 (2014).

LÜDICKE, JÜRGEN, *“Tax Arbitrage” with Hybrid Entities: Challenges and Responses*, 68 *Bulletin for International Taxation* 1 (2014).

MARCHGRABER, CHRISTOPH, *Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes - The Proposal of the European Commission*, 54 *European Taxation* 113 (2014).

MOOIJ, RUUD A. DE & MICHAEL P. DEVEREUX, *Alternative Systems of Business Tax in Europe: An Applied Analysis of ACE and CBIT Reforms*, European Commission Taxation Papers, Working Paper No. 17 (2009).

MOOIJ, RUUD A. DE, *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*, IMF Staff Discussion Note (2011).

WIJNEN, WIM & JAN DE GOEDE, *The UN Model in Practice 1997-2013*, 68 *Bulletin for International Taxation* 118 (2014).

HOOR, OLIVER R., *The Concept of Permanent Establishments*, 54 *European Taxation* 119 (2014).

Documentos Oficiais

COMISSÃO PARA A REFORMA DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS - 2013, *Anteprojeto de Reforma: Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego* (2013).

EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE-GENERAL TAXATION AND CUSTOMS UNION, *The Internal Market: Factual Examples of Double Non-Taxation Cases*, Consultation Document (2012).

EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE-GENERAL TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Summary Report of The Responses Received on the Public Consultation on Factual Examples and Possible Ways to Tackle Double Non-Taxation Cases* (2012).

EUROPEAN COMMISSION, *Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning*, C 8806 final (2012).

EUROPEAN COMMISSION, *An Action Plan to Strengthen the Fight Against Tax Fraud and Tax Evasion*, COM 722 final (2012).

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*, COM 814 final (2013).

EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States*, SWD 474 final (2013).

INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES, *Equity for Companies: A Corporation Tax for the 1990s* (1991).

OECD, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* (2010).

OECD, *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning* (2011).

OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012).

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013).

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (2013).

OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, Public Discussion Draft (2014).

OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Treaty Issues)*, Public Discussion Draft (2014).

OECD, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Comments Received on Public Discussion Drafts* (2014).

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *Integration of the Individual and Corporate Tax Systems: Taxing Business Income Once* (1992).

Fontes Digitais

ERNST & YOUNG, *GAAR Rising: Mapping Tax Enforcement's Evolution* (Fevereiro, 2013), disponível em [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/\\$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/GAA_rising/$FILE/GAAR_rising_1%20Feb_2013.pdf).

ANEXO I - REGRAS DE CITAÇÃO

As referências bibliográficas são citadas pela identificação do autor, título da obra, editora, número da edição (se existir mais do que uma) e ano. Relativamente aos contributos em obra coletiva, para além dos elementos referidos, inclui-se, o título da obra no qual se insere o contributo, antecedido da palavra *in*, e, sendo caso disso, seguido da identificação dos coordenadores da mesma, sinalizada pela expressão ed. (tratando-se de um coordenador) ou eds. (se estiver em causa uma pluralidade de coordenadores). No caso da obra integrar uma série especial, de multi-volumes, também se faz referência à série e ao número do volume. Tratando-se de obra realizada por pessoa coletiva, há alusão, sendo caso disso, ao grupo específico, dentro da pessoa coletiva, que produziu a obra.

Para os artigos contidos em publicações periódicas, faz-se menção, sempre que possível, à identificação do autor, título da obra, número do volume, nome da publicação periódica, início da página do artigo e ano.

Relativamente às publicações consultadas na Internet, indica-se o nome do autor, título da publicação, data e o sítio da Internet onde é disponibilizada a publicação.

Na primeira citação são mencionadas todas as referências anteriormente descritas. Nas demais citações, inclui-se apenas o nome do autor e, na eventualidade de existir uma pluralidade de obras do mesmo autor a serem citadas ao longo da exposição, também se faz referência ao título da obra. O nome do autor é citado em “maiúsculas grandes” e o título da obra aparece em itálico. Tratando-se de uma obra redigida por três ou mais autores, refere-se o nome do primeiro autor, seguido da expressão *et al.*

No caso de existirem citações em notas de rodapé consecutivas, referentes ao mesmo autor e obra, utiliza-se a expressão *ibid.*, após a primeira nota de rodapé. Para nos referirmos a página, utilizamos *p.*, e para indicarmos páginas seguintes, recorremos à expressão *et seq.* As transcrições conservam o idioma de origem.

Na bibliografia final incluem-se todos os elementos referidos anteriormente. Quando se trata de autor(es) singular(es), a ordem do nome aparece invertida, referindo-se primeiro o apelido e só depois o nome. Para os autores pessoas coletivas, optou-se por manter a ordem do nome seguida nas notas de rodapé.

ANEXO II - GLOSSÁRIO

Assimetria: diferenciação, por via fiscal, das entidades e das suas fontes de financiamento.

Cláusulas Específicas Anti-Híbridos: regras anti-abuso, funcionalmente vocacionadas para lidar com híbridos, que fazem depender a classificação fiscal doméstica de uma entidade ou instrumento financeiro, do tratamento fiscal que é dispensado à entidade ou instrumento financeiro pelo sistema tributário da jurisdição estrangeira, eliminando a disparidade de tratamento.

Disparidade: dissimelhança de classificação fiscalmente relevante.

Dupla Não - Tributação: fenómeno de pouca ou nenhuma tributação que, em termos de política fiscal, é pernicioso, quando associado a práticas de planeamento fiscal agressivo. Pode assumir a forma de dupla dedução ou de dedução sem inclusão.

Dupla Dedução: duplicação de uma vantagem fiscal que ocorre quando a mesma despesa é deduzida duas vezes, em dois países diferentes.

Dedução sem Inclusão: ocorre quando determinado pagamento é dedutível na esfera da entidade que o efetua, mas não é tributado, em correspondência, ao nível da entidade beneficiária do rendimento.

Entidade com Dupla Residência: entidade que, para efeitos fiscais, é residente em dois países.

Entidade Híbrida: entidade que é, simultaneamente, classificada, para efeitos fiscais, como sendo transparente para um Estado e opaca para outro.

Entidade Opaca: entidade que é diretamente tributada pelo seu rendimento, respondendo, integralmente, pelo cumprimento da obrigação principal de IRC, de tal modo que os seus participantes são irrelevantes para apurar a matéria coletável ou para determinar a taxa de imposto aplicável.

Entidade Transparente: entidade que vê os seus resultados serem tributados, em maior ou menor medida, na esfera dos detentores de capital, independentemente de distribuição.

Instrumento Financeiro Híbrido: esquema de financiamento que é sujeito a uma classificação fiscal distinta, de acordo com as regras domésticas de duas ou mais jurisdições, de tal forma que o pagamento realizado através do instrumento dá origem a uma situação de dedução sem inclusão.

Mutual Recognition: modelo baseado no reconhecimento mútuo de entidades, para efeitos fiscais, que permite alinhar as regras de classificação domésticas. Através desta abordagem, a lei fiscal doméstica deve reconhecer a classificação fiscal que é dada a uma entidade pelo sistema tributário estrangeiro.

Anexo III - Breve descrição de Instrumentos Financeiros¹¹⁶

Caraterísticas Distintivas	Instrumentos Puros de Dívida	Instrumentos Puros de Capital
Remuneração	O credor tem direito a uma remuneração fixa, previamente determinada, independentemente da situação do devedor.	A remuneração do acionista é hipotética, variável e está dependente do sucesso financeiro da sociedade.
Ranking do credor/acionista	Em caso de insolvência do devedor, o credor tem prioridade na reclamação de créditos.	Em caso de insolvência da sociedade, o acionista tem direito a um crédito subordinado.
Participação na gestão	Não conferem ao credor qualquer direito que lhe permita participar na gestão da sociedade devedora	Conferem ao acionista o direito de participar na gestão da sociedade.

Exemplos de Instrumentos Financeiros Híbridos	Descrição Geral
Empréstimo com Participação nos Lucros	Empréstimos em que a remuneração é fixada, no todo ou em parte, em função dos lucros da entidade emitente. Apesar de participar nos lucros, o credor não participa nas perdas, não é acionista nem influencia o controlo da entidade.
Obrigações Convertíveis em Ações	Valores mobiliários que intitulam os seus titulares no direito potestativo de converter as obrigações num número pré-determinado de ações da entidade emitente. Quando o direito de conversão é exercido, a obrigação inicial extingue-se e o credor adquire a qualidade de acionista.
Ações Preferenciais sem Direito de Voto	Atribuem aos seus titulares o direito a um dividendo prioritário, que é pago antes da distribuição de lucros aos demais sócios, e asseguram o direito ao reembolso prioritário do seu valor nominal em caso de liquidação da sociedade. O poder de participação dos sócios é restringido, uma vez que, em regra, o direito de voto não se encontra associado a esta categoria de ações.

¹¹⁶ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros* (Almedina. 2009), p. 88, nota de rodapé 170; p. 95; FÁTIMA GOMES, *Obrigações Convertíveis em Ações* (Universidade Católica Editora. 1999); IMF - RUUD A. DE MOOIJ, *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*, p. 9; JAMES A. DUNCAN, *General Report, in Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International Vol. 85a (IFA ed., Kluwer Law International. 2000), p. 24 et seq.

Anexo IV - Cláusula Geral Anti-Abuso proposta pela Comissão Europeia¹¹⁷

(...)

4.1. *To counteract aggressive tax planning practices which fall outside the scope of their specific anti-avoidance rules, Member States should adopt a general anti-abuse rule, adapted to domestic and cross-border situations confined to the Union and situations involving third countries.*

4.2. *To give effect to point 4.1, Member States are encouraged to introduce the following clause in their national legislation:*

‘An artificial arrangement or an artificial series of arrangements which has been put into place for the essential purpose of avoiding taxation and leads to a tax benefit shall be ignored. National authorities shall treat these arrangements for tax purposes by reference to their economic substance`.

4.3. *For the purposes of point 4.2 an arrangement means any transaction, scheme, action, operation, agreement, grant, understanding, promise, undertaking or event. An arrangement may comprise more than one step or part.*

4.4. *For the purposes of point 4.2 an arrangement or a series of arrangements is artificial where it lacks commercial substance. In determining whether the arrangement or series of arrangements is artificial, national authorities are invited to consider whether they involve one or more of the following situations:*

(a) *the legal characterisation of the individual steps which an arrangement consists of is inconsistent with the legal substance of the arrangement as a whole;*

(b) *the arrangement or series of arrangements is carried out in a manner which would not ordinarily be employed in what is expected to be a reasonable business conduct;*

(c) *the arrangement or series of arrangements includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;*

¹¹⁷ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning*.

(d) *transactions concluded are circular in nature;*

(e) *the arrangement or series of arrangements results in a significant tax benefit but this is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows;*

(f) *the expected pre-tax profit is insignificant in comparison to the amount of the expected tax benefit.*

4.5. *For the purposes of point 4.2, the purpose of an arrangement or series of arrangements consists in avoiding taxation where, regardless of any subjective intentions of the taxpayer, it defeats the object, spirit and purpose of the tax provisions that would otherwise apply.*

4.6. *For the purposes of point 4.2, a given purpose is to be considered essential where any other purpose that is or could be attributed to the arrangement or series of arrangements appears at most negligible, in view of all the circumstances of the case.*

4.7. *In determining whether an arrangement or series of arrangements has led to a tax benefit as referred to in point 4.2, national authorities are invited to compare the amount of tax due by a taxpayer, having regard to those arrangement(s), with the amount that the same taxpayer would owe under the same circumstances in the absence of the arrangement(s). In that context, it is useful to consider whether one or more of the following situations occur:*

(g) *an amount is not included in the tax base;*

(h) *the taxpayer benefits from a deduction;*

(i) *a loss for tax purposes is incurred;*

(j) *no withholding tax is due;*

(k) *foreign tax is offset.*

**Anexo V - Proposta da Comissão Europeia de alteração à Diretiva
“Sociedades-Mães e Afiliadas”¹¹⁸**

(...)

Directive 2011/96/EU is amended as follows:

1. In Article 1, paragraph 2, is replaced by the following:

“2. This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of tax evasion.”

2. The following Article 1 a is inserted:

“Article 1 a

1. Member States shall withdraw the benefit of this directive in the case of an artificial arrangement or an artificial series of arrangements which has been put into place for the essential purpose of obtaining an improper tax advantage under this directive and which defeats the object, spirit and purpose of the tax provisions invoked.

2. A transaction, scheme, action, operation, agreement, understanding, promise, or undertaking is an artificial arrangement or a part of an artificial series of arrangements where it does not reflect economic reality.

In determining whether an arrangement or series of arrangements is artificial, Member States shall ascertain, in particular, whether they involve one or more of the following situations:

(a) the legal characterisation of the individual steps which an arrangement consists of is inconsistent with legal substance of the arrangement as a whole;

(b) the arrangement is carried out in a manner which would not ordinarily be used in a reasonable business conduct;

¹¹⁸ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States.*

(c) the arrangement includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;

(d) the transactions concluded are circular in nature;

(e) the arrangement results in a significant tax benefit which is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows.

3. In article 4, paragraph 1, point (a) is replaced by the following:

“ (a) refrain from taxing such profits to the extent that such profits are not deductible by the subsidiary of the parent company; or”

**Anexo VI - Recomendação da Comissão Europeia para a introdução
de uma Cláusula Específica Anti-Abuso nas Convenções de Dupla
Tributação¹¹⁹**

(...)

3.2. *To give effect to point 3.1, Member States are encouraged to include an appropriate clause in their double tax conventions. Such clause could read as follows:*

“Where this Convention provides that an item of income shall be taxable only in one of the contracting States or that it may be taxed in one of the contracting States, the other contracting State shall be precluded from taxing such item only if this item is subject to tax in the first contracting State.”

In case of multilateral conventions, the reference to the “other contracting State” should be replaced by a reference to the “other contracting States.”

¹¹⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Recommendation on aggressive tax planning*, p. 4.