



UNIVERSIDADE  
**CATÓLICA**  
PORTUGUESA

## **Assimetrias Híbridas na Diretiva Antielisão**

Matilde de Seabra Paulo Barroso

Sob a orientação do  
Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

Escola de Lisboa  
Mestrado em Direito Fiscal  
Lisboa, Agosto de 2017

# Índice

<b>Lista de Abreviaturas.....</b>	<b>4</b>
<b>1. Introdução .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Nota Introdutória .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Objetivos da Tese.....</b>	<b>7</b>
<b>1.3. Objeto.....</b>	<b>7</b>
1.3.1. Delimitação Positiva.....	7
1.3.2. Delimitação Negativa.....	8
<b>1.4. Metodologia e Bibliografia.....</b>	<b>8</b>
<b>1.5. Sequência .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Assimetrias Híbridas.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. Noção .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2. Modalidades.....</b>	<b>11</b>
2.2.1. Entidades Híbridas.....	11
2.2.2. Estabelecimentos Estáveis Híbridos.....	12
2.2.3. Instrumentos Financeiros Híbridos .....	12
2.2.4. Entidades com dupla residência fiscal.....	13
2.2.5. Transações Híbridas.....	14
<b>3. Regime da Diretiva Antielisão.....</b>	<b>15</b>
<b>3.1. Contextualização.....</b>	<b>15</b>
<b>3.2. Âmbito de Aplicação .....</b>	<b>15</b>
3.2.1. Introdução.....	15
3.2.2. Empresas associadas.....	16
3.2.3. Entendimento estruturado .....	17
<b>3.3. Regime.....</b>	<b>18</b>
3.3.1. Casos de DD.....	18
3.3.2. Regras sobre os casos de D/NI .....	20
3.3.2.1. D/NI provocada por Entidades Híbridas.....	20
3.3.2.1.1. Regra Geral .....	20
3.3.2.1.2. Norma Específica sobre Entidades Híbridas Inversas .....	22
3.3.2.2. D/NI provocada por Instrumentos Híbridos .....	24
3.3.2.2.1. Regra Geral .....	24
3.3.2.2.2. Opções de exclusão do âmbito de aplicação.....	26

3.3.2.3. D/NI provocada por Transferências Híbridas .....	28
3.3.3. Estabelecimentos Estáveis Híbridos .....	29
3.3.3.1. Norma geral sobre EE Híbridos.....	29
3.3.3.2. DD .....	31
3.3.3.3. D/NI .....	32
3.3.4. Redução do Imposto Retido na Fonte .....	33
3.3.5. Dupla Residência .....	35
3.3.6. Assimetrias Importadas.....	36
<b>4. Implementação no Ordenamento Jurídico Português.....</b>	<b>40</b>
<b>4.1. Considerações iniciais .....</b>	<b>40</b>
<b>4.2. Proposta de Implementação .....</b>	<b>41</b>
4.2.1. Coordenação com outras normas.....	41
4.2.1.1. Com as normas sobre Preços de Transferência .....	41
4.2.1.2. Com o artigo 51.º n.º10 alínea a) do CIRC (Alteração à Diretiva Mães e Filhas).....	41
4.2.1.3. Com as regras sobre a dedutibilidade de juros .....	42
4.2.1.4. Com as regras sobre sociedades estrangeiras controladas .....	43
4.2.2. Assimetrias Temporárias .....	45
4.2.3. O Problema da Retenção na Fonte .....	47
<b>5. Conclusões .....</b>	<b>49</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>54</b>
<b>I – Livros e artigos .....</b>	<b>54</b>
<b>II – Documentos de organizações internacionais .....</b>	<b>60</b>

## Lista de Abreviaturas

BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
DAE	Diretiva Antielisão
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CRP	Constituição da República Portuguesa
DD	Dupla Dedução
DJR	Diretiva Juros e Royalties
DMF	Diretiva Mães e Filhas
DUE	Direito da União Europeia
D/NI	Dedução/Não inclusão
EEE	Espaço Económico Europeu
EF	Estado da Fonte
E1	Estado 1
E2	Estado 2
EBITDA	Resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos
EE	Estabelecimento Estável
EF	Estado da Fonte
ER	Estado da Residência
EUA	Estados Unidos da América
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
KG	<i>Kommanditgesellschaft</i>

P3°	País Terceiro
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
RF	Retenção na Fonte
SEC	Sociedades Estrangeiras Controladas
SNC	<i>Société en Nom Collectif</i>
Soc.	Sociedade
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
VIC	Veículo de Investimento Coletivo

# 1. Introdução

## 1.1. Nota Introdutória

O planeamento fiscal agressivo, a elisão e a evasão fiscal são fenómenos cada vez mais frequentes dentro do espaço da União. A integração europeia, ao agregar as economias dos EM, facilitou as operações transfronteiriças e com isso os tipos de conduta mencionados.<sup>1</sup> Isto trouxe consequências para as receitas fiscais dos EM. Assim, é natural que nos últimos anos se assistam a maiores esforços estatais no sentido de minimizar estes fenómenos.<sup>2</sup>

Uma das principais causas do planeamento fiscal agressivo no âmbito da União é a ausência de harmonização ao nível da fiscalidade direta e, nomeadamente, das assimetrias existentes no tratamento de determinadas entidades ou operações nos diversos EM. Tal permite que certos contribuintes beneficiem dessas discrepâncias minimizando ou eliminando o montante de imposto a pagar. Dado que tais assimetrias resultam de diferenças de tratamento de certas realidades ao nível dos vários ordenamentos jurídicos, cedo se chegou à conclusão de que a sua eliminação eficaz não poderia ser feita através de medidas unilaterais e descoordenadas. Uma reação unilateral significaria também, para a maioria dos Estados, um desincentivo ao investimento a partir do seu território, o que se traduziria numa desvantagem competitiva.

Em 2013, com o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), surgiu uma primeira tentativa de reação conjunta e compreensiva ao fenómeno da erosão da base tributável. Este projeto estruturou-se em 15 ações destinadas a introduzir várias modificações nos sistemas fiscais doméstico e convencional, reforçando as exigências de substância e melhorando a transparência e certeza jurídica. A Ação 2 deste projeto dedicou-se às assimetrias híbridas, prevendo um conjunto de regras destinadas à sua eliminação. Por revestirem a forma de meras recomendações, de adoção não vinculativa, a sua eficácia cedo ficou comprometida. De facto a sua implementação harmonizada revelava-se pouco provável.

Tendo em consideração que a maioria dos EM da UE se comprometeu a adotar as recomendações do Projeto BEPS enquanto membros da OCDE, a adoção unilateral não

---

<sup>1</sup> Comissão Europeia, “*Combating tax fraud and evasion, comission contribution to the European Council of 22 May 2013*”.

<sup>2</sup> Perdem-se todos os anos, aproximadamente, 1 trilhão das potenciais receitas fiscais europeias devido à fraude, evasão e elisão fiscal. Esta perda representa um custo aproximado de €2.000 por cada cidadão europeu, todos os anos. – Parlamento Europeu, “*Report on fight against tax fraud, tax evasion and tax havens*”, 03/05/2013.

concertada de tais recomendações, por cada um dos 28 EM, seria suscetível de causar ainda maiores disparidades no mercado interno.

É neste contexto que surge a DAE.<sup>3</sup> Tendo por base o projeto BEPS, esta diretiva procura garantir um nível de proteção mínimo dos sistemas fiscais nacionais contra práticas abusivas e elisivas no seio da União Europeia. Entre elas encontramos normas sobre assimetrias híbridas. Posteriormente, a Comissão Europeia propôs uma alteração a estas normas<sup>4</sup>, de forma a melhor tratar as assimetrias geradas nas relações entre EM, e entre EM países terceiros, procurando alinhar as respostas da diretiva com as propostas do projeto BEPS.

Todos os EM deverão transpor estas normas para a sua legislação doméstica até 31 de Dezembro de 2018 e de 2019. Dada a pequena revolução que tal implementação trará, considerámos que se tratava de um excelente tema para a nossa investigação de mestrado.

## **1.2. Objetivos da Tese**

Com a nossa tese pretendemos fazer um exame claro mas compreensivo das assimetrias híbridas mais comuns, dos correspondentes efeitos de dupla não tributação, e das respostas que os Estados podem dar para neutralizar tais efeitos. Avaliaremos as soluções propostas pela Diretiva Antielisão (DAE I) e DAE II contrastando com as propostas feitas pela OCDE no âmbito do BEPS. Analisaremos ainda o modo como as regras da diretiva devem ser implementadas no ordenamento jurídico tributário português.

## **1.3. Objeto**

### **1.3.1. Delimitação Positiva**

O objeto da presente tese consiste nas regras sobre assimetrias híbridas previstas na DAE I e II.

Uma vez que a publicação da diretiva implicará uma posterior transposição para o ordenamento jurídico português, pretendemos ainda analisar as normas sobre assimetrias

---

<sup>3</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016, doravante DAE I.

<sup>4</sup> Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017, doravante DAE II.

híbridas já existentes no nosso país, expondo também propostas de transposição e de articulação com outras normas anti-abuso.

### **1.3.2. Delimitação Negativa**

Tendo em conta que nos focaremos na análise da DAE, e dado o escopo limitado deste nosso trabalho, não analisaremos outros temas relacionados, ainda que relevantes do ponto de vista científico. Assim, não nos centraremos nos conceitos de planeamento fiscal agressivo, do *tax arbitrage* ou de fraude fiscal. Ainda que compreendamos a conexão com o objeto do nosso trabalho, não iremos analisar as discrepâncias e disparidades existentes no seio da União Europeia que não consistam em assimetrias híbridas. Também não faremos um mapeamento das assimetrias atualmente existentes, no mercado interno.

É importante ter ainda em consideração que apesar de a DAE se basear no Projeto BEPS, o nosso trabalho não analisará as suas Recomendações, nomeadamente as constantes da sua Ação 2. Estamos cientes da possibilidade de existirem outras modalidades de assimetrias híbridas não abordadas no nosso estudo. Não obstante, a nossa investigação limita-se às modalidades previstas e solucionadas pela diretiva. Finalmente, estará igualmente fora do escopo no nosso trabalho a análise da conformidade das normas da diretiva com o direito primário europeu.

## **1.4. Metodologia e Bibliografia**

Depois de delimitado o escopo da nossa tese, cabe-nos determinar a metodologia seguida na nossa exposição. Tendo em consideração que estamos perante um tema profundamente relacionado com a recente discussão entre os vários Estados sobre a erosão da sua base tributável, o nosso trabalho assenta essencialmente no exame legislativo (DAE I e II), no exame de vários artigos doutrinários e de documentos de organizações internacionais, em particular da OCDE e da UE.

Para a citação, seguimos as normas do *House Style* do IBFD<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Guidelines-IBFD-Standard-Citations-References.pdf>.

## **1.5. Sequência**

No Capítulo 2 começaremos a nossa exposição com uma breve introdução sobre a noção de assimetrias híbridas e suas modalidades, nomeadamente i) entidades híbridas, ii) EE híbridos; iii) instrumentos financeiros híbridos; iv) entidades com dupla residência fiscal; e v) transações híbridas.

No Capítulo 3, analisaremos as várias normas sobre assimetrias híbridas previstas na DAE I e DAE II. Depois de analisar o âmbito de aplicação, partiremos para o exame das reações propostas para os casos de dedução e de dedução/não inclusão. Trataremos seguidamente as assimetrias abordadas na DAE II, nomeadamente as entidades híbridas inversas, estabelecimentos estáveis híbridos, casos de redução do imposto retido na fonte, casos de dupla residência e situações de assimetrias importadas.

De seguida, dedicamos um capítulo ao exame da implementação da diretiva no ordenamento jurídico português. Procuramos identificar e explorar os pontos que deverão ser tidos em consideração pelo legislador no momento da transposição.

Finalizaremos a presente exposição com as nossas conclusões.

## 2. Assimetrias Híbridas

### 2.1. Noção

A falta de harmonização dos sistemas fiscais a nível internacional e europeu permite que se criem situações de dupla tributação e dupla não tributação internacional. O direito interno dos vários Estados qualifica e trata por vezes de forma distinta uma mesma realidade, seja esta uma entidade, instrumento financeiro ou transação. É neste contexto que surge o fenómeno dos *hybrid mismatches* ou das assimetrias híbridas.<sup>6</sup>

Num mundo globalizado, no qual os contribuintes criam mecanismos de planeamento fiscal sofisticados, estas assimetrias são frequentemente utilizadas de forma a obter vantagens fiscais. O tema das assimetrias híbridas está por isso intimamente ligado com o fenómeno do *tax arbitrage*<sup>7</sup>.

A DAE define de forma muito própria o que se deverá entender por assimetria híbrida<sup>8</sup>. A definição acaba por se centrar nos efeitos de dupla não tributação causados por uma diferença de qualificação jurídica entre vários Estados (apesar de uma assimetria poder igualmente causar situações de dupla tributação)<sup>9</sup>. Compreende-se a perspetiva adotada, tendo em consideração que a diretiva procura essencialmente combater estratégias de elisão fiscal e de planeamento fiscal agressivo.

As assimetrias híbridas revestem normalmente uma de cinco modalidades: i) entidades híbridas, ii) EE híbridos, iii) instrumentos financeiros híbridos, iv) entidades com dupla residência fiscal, e v) transações híbridas.

---

<sup>6</sup> OCDE (2012), “*Hybrid Mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*”, OECD Publishing.

<sup>7</sup> *Tax arbitrage* pode ser definido como o conjunto de transações estruturadas com o objetivo de retirar vantagens das discrepâncias entre os vários sistemas fiscais nacionais. Vide AVI-YONAH, Reuven S., “*Tax competition, tax arbitrage, and the international tax regime*”, 61 Bulletin for International Taxation 4, 2007, p. 33.

<sup>8</sup> Art.º 2.º, n.º 9, §1, da DAE II.

<sup>9</sup> Muitos contribuintes veem o fenómeno da dupla tributação e da dupla não tributação como “duas faces da mesma moeda” – Comissão Europeia, “*Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases*”, p. 11.

## 2.2. Modalidades

### 2.2.1. Entidades Híbridas

Esta modalidade resulta da diferente qualificação de uma mesma entidade por dois ordenamentos jurídicos distintos. Em direito fiscal, as sociedades podem classificar-se como transparentes ou opacas. Uma sociedade opaca será aquela que é tributada na sua própria esfera pelos lucros gerados, em sede de imposto sobre o lucro das sociedades. Inversamente, uma sociedade transparente verá os seus lucros imputados à esfera dos seus sócios, na proporção das suas participações sociais e a tributação desses lucros ocorrerá ao nível destes.<sup>10</sup>

O conflito de qualificação surge sempre que dois ou mais Estados recorrem a critérios legais de direito interno distintos para a qualificação de uma mesma entidade como opaca ou transparente. Tendo em consideração que a qualificação que um Estado faz de uma sociedade é completamente independente da qualificação feita por outros Estados, uma mesma sociedade pode ser considerada como opaca num Estado mas tida como transparente num outro.<sup>11</sup>

Existem dois tipos de entidades híbridas: as clássicas e as inversas. No primeiro caso, a entidade é tratada como opaca pelo Estado onde se encontra incorporada e como transparente pelo Estado dos seus sócios<sup>12</sup>. No segundo caso, passa-se o inverso: a entidade é tratada como transparente pelo Estado onde se encontra incorporada mas como opaca pelo Estado dos sócios.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> NABAIS, Casalta, “*Direito Fiscal*”, 5ª ed., Almedina, 2009 p. 572. Sobre o regime de transparência fiscal português *vide* MORAIS, Rui Duarte, “*Apontamentos ao IRC*”, Almedina, 2009 pp. 36-42.

<sup>11</sup> GUNDISCH, Stephan, “*Solving conflicts of qualification by analogous application of tax treaties*”, 59 Bulletin for International Taxation 10, 2005, p. 425. Além de vários Estados adotarem critérios muito próprios para a qualificação das suas entidades domésticas, alguns adotam critérios distintos para a qualificação de entidades estrangeiras. A título de exemplo, em Itália todas as entidades estrangeiras são tratadas como opacas, na Bélgica o tratamento da entidade depende do facto de esta ter ou não personalidade jurídica, enquanto que na Suécia a entidade estrangeira é qualificada de acordo com a qualificação feita pelo Estado na qual se encontra incorporada – AVERY JONES, J., *et al.*, “*Characterization of Other State’s Partnerships for Income Tax*”, 56 Bulletin for International Taxation 7, 2002, p. 289.

<sup>12</sup> A título de exemplo, podemos pensar numa *société en nom collectif* (SNC) francesa. Esta é dotada de personalidade jurídica, apesar de implicar uma responsabilidade ilimitada dos seus sócios. De acordo com a lei francesa, a SNC pode optar por ser tratada como entidade opaca. No caso de os seus sócios residirem num Estado que trate a SNC como transparente, encontrar-nos-emos perante uma entidade híbrida clássica. – ARNOLD, Brian J.; Michael J., MCINTYRE, “*International Tax Primer*”, 2ª ed., Kluwer Law International, 2002, p. 145.

<sup>13</sup> RUSSO, Raffaele, “*Fundamentals of International Tax Planning*”, 1.ª ed., Amsterdão: IBFD, 2007, pp. 134-135. Um exemplo de uma entidade híbrida inversa pode facilmente ocorrer nas relações entre a Alemanha e a Holanda, através de uma *Kommanditgesellschaft* (KG) alemã. Esta entidade de responsabilidade limitada é por definição tratada como transparente do ponto de vista do direito fiscal alemão. Do ponto de vista holandês, a

### 2.2.2. Estabelecimentos Estáveis Híbridos

Esta modalidade surge no contexto da qualificação de estabelecimentos estáveis por dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. O conflito pode surgir não só nas relações entre Estados que não tenham celebrado qualquer CDT (nestes casos a assimetria resulta dos diferentes conceitos de direito interno) como no contexto da aplicação de uma CDT. A noção de EE adotada pelo art.º 5.º da CMOCDE é de difícil concretização, não só pela complexidade da própria definição mas também devido ao sistemático recurso a conceitos indeterminados. Isto leva a que surjam com frequência inúmeros conflitos de qualificação.

A disparidade surgirá sempre que um dos Estados qualifique a realidade em causa como EE, enquanto que o outro ou outros Estados não a consideram como tal.<sup>14</sup>

### 2.2.3. Instrumentos Financeiros Híbridos

Esta modalidade surge no contexto da qualificação do mesmo instrumento financeiro<sup>15</sup> por parte de dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. Do ponto de vista fiscal, é essencial qualificar um determinado instrumento financeiro como instrumento de capital próprio ou de dívida, pelos diferentes efeitos que dessa qualificação podem advir. Se, por um lado, os instrumentos de capital dão origem a rendimentos correspondentes a dividendos, os instrumentos de dívida dão origem a rendimentos correspondentes a juros.<sup>16</sup>

A utilização de instrumentos financeiros de complexidade crescente tem dificultado a sua qualificação e a sua subsunção a uma das mencionadas categorias. Notamos ainda uma

---

entidade será tratada como opaca sempre que se trate de uma entidade “aberta”, ou seja, que não faça depender a admissão de novos sócios do acordo dos sócios anteriores. – PETERS, Joseph, “*Netherlands: The Use of Hybrid Legal Entities in International Tax Reduction Strategies, Part III*.”

<sup>14</sup> A título de exemplo, podemos pensar no alegado auxílio de estado conferido pelo Luxemburgo à McDonald’s. Neste caso, a sede luxemburguesa da McDonald’s, responsável pelas decisões estratégicas da empresa, tinha uma sucursal nos EUA. A sucursal não era considerada EE do ponto de vista dos EUA, apesar de o Luxemburgo reconhecer a mesma sucursal como um EE, por considerar existir uma presença efetiva da sociedade nesse mesmo território. – Comissão Europeia, “*Press Release: State aid: Commission opens formal investigation into Luxembourg’s tax treatment of McDonald’s*”, de 03/12/2015.

<sup>15</sup> “Designam-se genericamente por *instrumentos financeiros* (...) um conjunto de instrumentos juscomerciais heterogéneos suscetíveis de criação e/ou negociação no mercado de capitais, que têm por finalidade primordial o financiamento e/ou cobertura do risco da atividade económica das empresas.” – ANTUNES, José Engrácia, “*Instrumentos Financeiros*”, 2ª ed., Almedina, 2014, p. 7.

<sup>16</sup> No geral, e sem adiantar o que será posteriormente analisado, os juros são em princípio um custo dedutível na esfera da entidade pagadora (como expresso no nosso art.º 23.º n.º1 alínea c) do CIRC), o que não terá paralelo no tratamento fiscal dos dividendos. Por outro lado, os juros serão geralmente tributados como rendimento da sociedade que os recebe, sendo que os dividendos estão frequentemente isentos de tributação. – EBERHARTINGER, Eva, *et al.* – “*Cross-border intra-group hybrid finance and international taxation*”, 33. SFB International Tax Coordination, WU Vienna University of Economics and Business, Viena, 2010, p. 3.

crescente utilização de instrumentos com características de capital e de dívida<sup>17</sup>. Este conflito surge também no âmbito das CDT's, mais concretamente nos seus artigos 10.º e 11.º<sup>18</sup>, que tratam respetivamente dos rendimentos provenientes de dividendos e de juros. Apesar de a CMOCDE exemplificar cada um destes tipos de rendimentos, o art.º 10.º n.º 3 remete a concretização do conceito de dividendos para o direito interno do EF.<sup>19</sup> É por isso natural que surjam disparidades de tratamento, uma vez que o ER não tem qualquer dever de adotar a qualificação levada a cabo pelo EF.<sup>20</sup>

#### 2.2.4. Entidades com dupla residência fiscal

Estas assimetrias resultam do reconhecimento da residência fiscal à mesma entidade jurídica, por parte de dois ordenamentos jurídicos distintos. Tal é possível dada a inexistência de um critério universal e uniformizado para a atribuição de residência fiscal por parte de um Estado.

Os elementos de conexão normalmente relevantes para a atribuição de residência fiscal a sociedades são o critério da sede e o da direção efetiva<sup>21</sup>. A maioria dos Estados recorre a ambos para a definição de residência societária. Isto leva a que nos casos em que uma sociedade tenha a sua sede e direção efetiva em Estados distintos seja considerada residente em ambos os Estados.

A proposta da CMOCDE, adotada pela maior parte dos países da UE, é a de que nos casos de dupla residência uma sociedade se considera residente onde tenha a sua direção

---

<sup>17</sup> Para exemplos destas figuras, vide VOGLER GUINÉ, Orlando, “Financiamento das sociedades por meio e valores mobiliários híbridos: entre as ações e as obrigações”, Congresso, Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

<sup>18</sup> Caso sigam a CMOCDE.

<sup>19</sup> De acordo com o art.º 10.º n.º3, “O termo *dividendos*, usado no presente artigo, significa os rendimentos provenientes de ações, ações ou bónus de fruição, partes de minas, partes de fundador ou outros direitos, com exceção dos créditos, que permitam participar nos lucros, assim como os rendimentos derivados de outras partes sociais sujeitos ao mesmo regime fiscal que os rendimentos de ações pela legislação do Estado que é residente a sociedade que os distribui” (sublinhado nosso).

<sup>20</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o tema vide SIX, Martin, “Hybrid Finance In The Double Tax Treaties”, 21 Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 2007, pp. 4-8. A OCDE propõe que o ER siga a qualificação que o EF faça do rendimento, para efeitos de aplicação do método da isenção ou do crédito (previstos no art.º 23.º-A e 23.º-B da CMOCDE). Tal pode não ser suficiente quando o ER não siga a proposta da OCDE, nomeadamente se a CDT tiver sido celebrada antes de 2000, data em que esta proposta foi introduzida nos comentários à CMOCDE. – OCDE (2014), “Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património 2010”, art.º 23.º §32.1. e seguintes.

<sup>21</sup> COURINHA, Gustavo Lopes, “A Residência no Direito Internacional Fiscal: do Abuso Subjetivo de Convenções”, 1ª ed., Almedina, 2015, pp. 113-114, 128-132.

efetiva<sup>22</sup>. Ainda assim, o problema da dupla residência está longe de ser ultrapassado. Além de nem todos os Estados terem celebrado CDT's, o conceito de direção efetiva não se encontra definido pela Convenção<sup>23</sup>. A ausência de um conceito autónomo para aplicação da Convenção, e o recurso ao direito interno para concretizar este conceito conduzem a problemas de aplicação prática.<sup>24</sup>

### 2.2.5. Transações Híbridas

A última categoria de assimetria é gerada pela diferente qualificação de uma transação por parte de dois ordenamentos jurídicos distintos. Na qualificação de um negócio jurídico, os Estados podem adotar uma conceção puramente formal ou uma conceção puramente material do mesmo, centrada na substância económica da transação.<sup>25</sup>

Dois Estados em conexão com a mesma transação podem adotar conceções distintas na sua qualificação, divergindo nomeadamente na questão de saber de quem é o beneficiário do pagamento devidos em virtude da transferência do ativo.<sup>26</sup> Este conflito tem emergido principalmente nos casos de vendas e recompras de determinados ativos, como ações.

---

<sup>22</sup> Ver art.º 4.º n.º 3 CMOCDE. Ver ainda XAVIER, Alberto (2009), *op. cit.*, pp. 294-296. Caso a proposta de alteração da CMOCDE seja adotada, o desempate passará a ser feito por acordo das autoridades competentes dos Estados em confronto. Serão de considerar todos os factos relevantes, como o local da direção efetiva da entidade e o local onde está incorporada. – OCDE (2017), “*Draft Contents of the 2017 Update to the OECD Model Convention*” pp. 11, 69-70.

<sup>23</sup> Apesar de os Comentários a descreverem como “o local onde são tomadas, na sua substância, as decisões chave tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução das atividades da entidade, na sua globalidade.” – OCDE (2014), “*Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património 2010*”, OCDE Publishing, art.º 4.º, §24. Tal descrição não assegura uma eliminação de todos os conflitos.

<sup>24</sup> DINIS, José Pedro, “*O Critério da Direção Efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*”, Tese de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, 2011, pp. 18-21.

<sup>25</sup> Enquanto que uma conceção puramente formal do negócio respeita a forma legal que as partes escolheram para revestir o negócio, uma abordagem *substance-over-form* dá ênfase aos efeitos económicos do negócio jurídico – SANCHES, Saldanha, “*Manual de Direito Fiscal*”, 2ª ed., Coimbra Editora, 2002, pp. 108-110.

<sup>26</sup> Exposição de motivos da proposta de diretiva do conselho que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

## 3. Regime da Diretiva Antielisão

### 3.1. Contextualização

O Projeto BEPS, cujos relatórios finais foram publicados a 5 de Outubro de 2015, continha 15 recomendações. A Comissão, preocupada com as disparidades que pudessem ser criadas por via de uma implementação não harmonizada das suas orientações, resolveu adotar a DAE.<sup>27</sup> Tal como o projeto BEPS, este instrumento tem subjacente uma conceção de tributação única (*single taxation*)<sup>28</sup>, além de tentar implementar uma tributação mais justa e equitativa ao nível da União Europeia. A diretiva baseia-se principalmente nas soluções propostas pela OCDE, adaptando-as ao contexto europeu.

A DAE contém normas correspondentes à várias recomendações do Projeto BEPS, como regras sobre dedutibilidade de juros, tributação à saída, sociedades estrangeiras controladas e assimetrias híbridas. A alteração à DAE<sup>29</sup>, dedicada exclusivamente ao tema das assimetrias híbridas, não só alargou as soluções da anterior diretiva às relações entre EM e P3<sup>os</sup>, como previu também outros casos de assimetria dentro da UE. A alteração inclui regras adicionais sobre EE híbridos, transferências híbridas, assimetrias em matéria de dupla residência e assimetrias importadas, criando um quadro jurídico coerente com o Projeto BEPS, que já regulava estas situações.

É ainda importante notar que, tal como recomendado pela OCDE, a DAE optou por neutralizar os efeitos gerados pelas assimetrias híbridas ao invés de eliminar os conflitos de qualificação a estas subjacentes. Qualquer das regras *infra* analisadas são de aplicação automática, independente da intenção ou motivação da transação.

### 3.2. Âmbito de Aplicação

#### 3.2.1. Introdução

A DAE “(...) é aplicável aos contribuintes sujeitos ao imposto sobre as sociedades num ou mais Estados-Membros, incluindo aos estabelecimentos estáveis situados num ou

---

<sup>27</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 de 12 de julho de 2016.

<sup>28</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da tributação única *vide* AVI-YONAH, Reuven S., *op. cit.*, pp. 16-20.

<sup>29</sup> Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017.

mais Estados-Membros de entidades residentes para efeitos fiscais num país terceiro.”<sup>30</sup> As normas anti-híbridos da diretiva aplicam-se não só nas relações entre EM, mas também nas relações entre EM e P3<sup>31</sup>.

### 3.2.2. Empresas associadas

A DAE limita o âmbito de aplicação das regras sobre assimetrias híbridas às assimetrias geradas entre empresas associadas, dado ser neste contexto que surgem a maioria das assimetrias intencionais.<sup>31</sup> De acordo com a DAE, uma empresa associada<sup>32</sup> é uma entidade na qual uma outra participa, direta ou indiretamente, em pelo menos 25% dos seus direitos de voto ou do seu capital social, ou da qual tem direito a receber mais de 25% dos respetivos lucros.<sup>33</sup> No caso de estarmos perante uma entidade híbrida ou um EE híbrido, a diretiva estabelece que o requisito de 25% é substituído por 50%.<sup>34</sup> Ainda que a detenção esteja distribuída por vários acionistas, ter-se-á em consideração o total dos seus direitos de voto ou de participações no capital social, sempre que ajam em conjunto no que respeita a direitos de voto ou ao capital social de uma mesma entidade.<sup>35</sup>

No caso particular das normas anti-híbridos da DAE, entende-se ainda por empresa associada “uma entidade que faça parte do mesmo grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira”<sup>36</sup> e uma entidade com uma influência significativa na gestão de outra.<sup>37</sup> Compreende-se esta opção dado que também nestas situações se poderão encontrar expedientes elisivos.

---

<sup>30</sup> Art.º 1.º da DAE I e II.

<sup>31</sup> COOPER, Graeme S., “Some Thoughts on the OECD’s Recommendations on Hybrid Mismatches”, 69 Bulletin for International Taxation 6/7, 2015, p. 342.

<sup>32</sup> Art 2.º n.º 4 da DAE II.

<sup>33</sup> A DAE esclarece também que se uma pessoa singular ou entidade detiver, direta ou indiretamente, uma participação de 25% em mais do que uma entidade, todas as entidades em causa serão consideradas empresas associadas.

<sup>34</sup> Cfr. art.º 2.º n.º 4 alínea a) da DAE II. Ficam ressalvados os casos de pagamentos teóricos entre um EE e a sua sede ou entre estabelecimentos estáveis.

<sup>35</sup> Art.º 2.º n.º 4 alínea b) da DAE II. Trata-se de uma norma inspirada no Projeto BEPS. Para exemplos desta atuação em conjunto veja-se OCDE (2015), “Neutralising the Effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 113.

<sup>36</sup> A diretiva esclarece o conceito de “grupo consolidado para efeitos de contabilidade financeira” no seu art.º 2.º, segundo o qual se trata de “um grupo constituído por todas as entidades que estão integralmente incluídas nas demonstrações financeiras consolidadas elaboradas de acordo com as Normas Internacionais de Relato Financeiro ou o sistema de relato financeiro nacional de um Estado-Membro.”

<sup>37</sup> Art.º 2.º n.º 4 alínea c) da DAE II. Trata-se de uma definição próxima da definição de entidades associadas proposta pelo Projeto BEPS – cfr. OCDE (2015), “Neutralising the Effects...”, p. 113.

### 3.2.3. Entendimento estruturado

A DAE aplica-se a qualquer entendimento estruturado<sup>38</sup>, ou seja, um “entendimento que envolva uma assimetria híbrida em que o preço do resultado da assimetria é fixado nos termos do entendimento, ou (...) entendimento que foi concebido para produzir um resultado de assimetria híbrida, salvo se não puder ser razoavelmente expectável que o contribuinte ou uma empresa associada tivesse conhecimento da assimetria híbrida e não tiver partilhado o valor do benefício fiscal resultante da assimetria híbrida.”<sup>39</sup>

A DAE, tal como o Projeto BEPS, alarga o âmbito de aplicação destas regras a situações além das relações entre entidades do mesmo grupo empresarial, passando a olhar também às circunstâncias nas quais foram criadas as assimetrias. Tratam-se de operações criadas com o único propósito de obter uma vantagem fiscal, ainda que fora do âmbito de relações entre entidades associadas.<sup>40</sup> <sup>41</sup> Ressalvam-se apenas os casos nos quais o contribuinte não tenha um nível de envolvimento suficiente no entendimento para compreender a forma como foi estruturado ou quais os seus efeitos fiscais.<sup>42</sup>

Concordamos com a opção da DAE, por se revelar mais eficaz no combate às estratégias de elisão fiscal com base em assimetrias híbridas. Apesar de as operações estruturadas no âmbito do mesmo grupo empresarial serem planeadas ao detalhe, excluir as restantes realidades do âmbito de aplicação destas normas significaria deixar de fora um grupo significativo de assimetrias e convidaria grandes contribuintes a reorganizar a sua estrutura de forma a não preencher o requisito das entidades associadas. Por se pretender atingir apenas estruturas realmente abusivas, ressalvam-se as assimetrias geradas de forma acidental, o que consideramos ser de elogiar.

---

<sup>38</sup> Cfr. Art.º 2.º n.º 9, §2, alínea c) da DAE II.

<sup>39</sup> Trata-se de uma definição inspirada no Projeto BEPS – OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, p. 105.

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 106-110.

<sup>41</sup> Tal como sugerido pelo Projeto BEPS, consideramos que o teste do entendimento estruturado deverá ser um teste objetivo. Apesar de a intenção da transação ser um elemento tipicamente subjetivo, pensamos que deverá ser aferido de forma objetiva, tendo em consideração os factos e circunstâncias da transação que permitam que um observador independente, baseando a sua decisão unicamente em elementos objetiváveis, conclua que o entendimento foi concebido para produzir uma assimetria híbrida. Cfr. *ibid.*, p. 106.

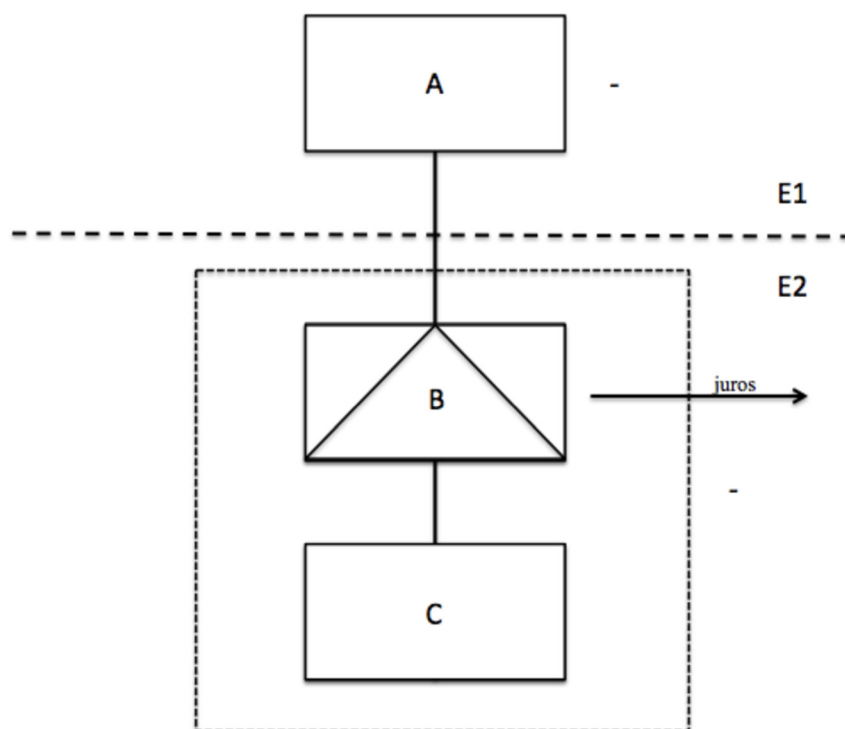
<sup>42</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 110-112.

### 3.3. Regime

#### 3.3.1. Casos de DD

A DD<sup>43</sup> consiste na possibilidade de dedução de um mesmo custo na esfera de duas entidades distintas, incorporadas em diferentes países.<sup>44</sup> A DD pode resultar dos vários híbridos descritos anteriormente.

Figura 1. Caso de DD com recurso a entidade híbrida.



A (soc.-mãe) reside no E1. B e C residem no E2 e são tributadas em sede de imposto sobre as sociedades de modo consolidado ou, entre nós, de acordo com o regime especial de tributação dos grupos de sociedades (RETGS)<sup>45</sup>. B é considerada transparente para o E1,

<sup>43</sup> Art.º 2.º n.º 9, §1, alínea g) da DAE II.

<sup>44</sup> De acordo com o art.º 2.º n.º 9 §3, alínea b) da DAE II, deverá entender-se por DD “uma dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas na jurisdição onde o pagamento tem origem, as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas (jurisdição do ordenante) e noutra jurisdição (jurisdição do investidor). No caso de um pagamento efetuado por uma entidade híbrida ou um EE híbrido, a jurisdição do ordenante é aquela onde a entidade híbrida ou o EE híbrido estão estabelecidos.” Por dedução deverá entender-se “o montante que é tratado como dedutível do rendimento tributável ao abrigo da legislação da jurisdição do ordenante ou do investidor.”

<sup>45</sup> Este regime especial de tributação permite, regra geral, que a matéria coletável seja apurada ao nível do grupo societário, apesar de cada jurisdição introduzir as suas especificidades. Portugal prevê este regime no art.º 69.º do CIRC, conferindo a possibilidade de deduzir a soma dos prejuízos fiscais das várias sociedades do grupo à

apesar de ser tratada como entidade opaca para o E2, emergindo assim como ente híbrido. O efeito de DD é conseguido sempre que B peça um empréstimo a uma terceira entidade, como uma instituição financeira, e o remunere através do pagamento de juros, os quais poderão ser deduzidos duas vezes. A primeira na esfera da soc. A (dado que para o E1 a soc. B é transparente). A segunda na esfera do grupo B/C (dado que para E2, B é opaca).<sup>46</sup>

A DAE estabelece regras primárias e defensivas fortemente inspiradas no BEPS.<sup>47</sup> Nos casos de DD, a dedução deve ser concedida apenas no Estado da origem do pagamento, devendo a dedução ser recusada pelo Estado do investidor (regra primária). Sempre que o Estado do investidor não recuse a dedução, o da origem do pagamento deve recusar a dedução (regra defensiva).<sup>48</sup> No nosso exemplo, sempre que o E1 não recuse a dedução, caberá ao E2 negar a dedução.

Note-se que o efeito da DD é problemático apenas nos casos em que efetivamente conduza a uma situação de dupla não tributação. Poderá haver casos em que uma DD surja acompanhada de uma dupla inclusão dos rendimentos provenientes do mesmo pagamento. A diretiva não se aplica a essas situações, sob pena de originar uma situação de dupla tributação indesejada.<sup>49</sup>

Ainda que as normas do Projeto BEPS sejam perfeitamente simétricas em relação às que encontramos na DAE, não são vinculativas. Assim, é possível que nas relações entre EM e P3<sup>os</sup>, estes últimos não adotem regras semelhantes às da DAE e do BEPS, o que pode dar lugar a discrepâncias e conflitos de dupla tributação ou de dupla não tributação.<sup>50</sup>

---

soma do lucro tributável apurado pelas restantes sociedades – Cfr. NABAIS, *op. cit.*, pp. 601-603. Alguns ordenamentos jurídicos permitem ainda que o próprio lucro tributável seja apurado ao nível do grupo (de modo consolidado), o que permite desconsiderar, para efeitos fiscais, operações realizadas entre as sociedades do grupo. Para uma exposição detalhada sobre o tema, vide CORREIA, Miguel, “*Taxation of Corporate Groups*”, 43 Series on International Taxation, Kluwer Law International, 2013.

<sup>46</sup> Este efeito poderia ocorrer, por exemplo, nas relações com a Holanda. A norma sobre transparência fiscal holandesa determina que uma entidade será transparente sempre que seja “fechada”. Para ser qualificada como tal, é necessário que a entidade só possa admitir novos sócios com a aprovação unânime dos existentes. – OCDE (2014), “*Comments received on Public Discussion drafts – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”, p. 366. O art 6.º CIRC estabelece requisitos distintos para que uma entidade seja qualificada como transparente, pelo que poderiam surgir conflitos de qualificação neste contexto. O mesmo poderia acontecer nas relações com os EUA. A título de exemplo, uma sociedade por quotas é elegível para o regime *check-the-box* americano, o que permite que a sociedade possa ser qualificada como transparente para os EUA. - SAUNDERS, Roy, “*International Tax Systems and Planning Techniques*”, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011, p. 517. Por outro lado, a mesma sociedade pode não preencher os requisitos do regime de transparência fiscal português pelo que, nesse caso, estaríamos perante uma entidade híbrida na posição de B.

<sup>47</sup> Cfr. OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, pp. 11-12.

<sup>48</sup> Art.º 9.º, n.º 1 da DAE II. Esta estrutura normativa pretende ainda resolver eventuais discrepâncias na transposição e execução das normas da diretiva por parte dos EM, tendo também em consideração que os Estados só têm obrigação de as aplicar de forma uniforme a partir de Janeiro de 2020.

<sup>49</sup> Art.º 2.º n.º 9, §2, alínea b) da DAE II.

<sup>50</sup> OCDE (2014), “*Comments received on...*”, pp. 62, 81-82, 83, 181, 293, 341, 434-435.

### 3.3.2. Regras sobre os casos de D/NI

Outro dos principais efeitos provocados por assimetrias híbridas é o da D/NI. Tal consiste na dedução de um determinado custo na esfera de uma entidade sediada num Estado, sem que opere a consequente inclusão do rendimento na esfera de uma outra entidade sediada num outro Estado.<sup>51</sup>

Este efeito pode ser provocado por diferentes tipos de assimetria, nomeadamente pelas entidades híbridas, pelos instrumentos híbridos ou pelas transferências híbridas<sup>52</sup>.

#### 3.3.2.1. D/NI provocada por Entidades Híbridas

##### 3.3.2.1.1. Regra Geral

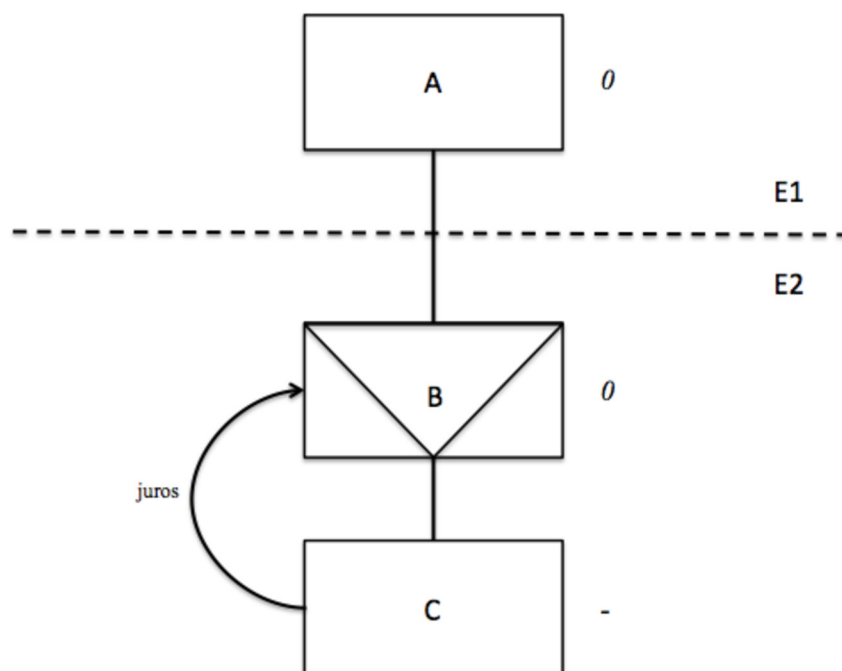
Para melhor ilustrar um caso de D/NI conseguido com recurso a entidades híbridas, veja-se o seguinte exemplo.

---

<sup>51</sup> De acordo com o art.º 2.º n.º 9 §3, alínea c) da DAE II, deve entender-se por dedução sem inclusão “a dedução de um pagamento ou de um pagamento teórico entre a sede e o EE ou entre dois ou mais estabelecimentos estáveis, em qualquer jurisdição em que esse pagamento ou pagamento teórico é tratado como efetuado (jurisdição do ordenante) sem a correspondente inclusão para efeitos fiscais desse pagamento ou pagamento teórico na jurisdição do beneficiário. A jurisdição do beneficiário é aquela onde esse pagamento ou pagamento teórico é recebido, ou é tratado como sendo recebido ao abrigo da legislação de qualquer outra jurisdição.” Por inclusão deverá entender-se “o montante que é tido em conta no rendimento tributável ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário.”

<sup>52</sup> Art.º 2.º n.º 9, §1, alínea a), b) e e) da DAE II.

Figura 2. Caso de D/NI com recurso a entidade híbrida.



Nesta figura, podemos identificar A (soc.-mãe), residente em E1 e as soc. B e C, residentes em E2. B é uma entidade híbrida inversa visto ser tratada como entidade opaca no E1 mas como transparente no E2. No nosso exemplo, o efeito de D/NI é conseguido no contexto da concessão de um empréstimo por parte de B à sua subsidiária C, que o remunera através do pagamento de juros. Estes constituem um custo de C, e deveriam ser tributados em B. No entanto, o rendimento nunca chega a ser tributado. O E2 por considerar B como transparente, não tributa o rendimento (na convicção de que será tributado na esfera de A). O E1 por considerar B como opaca, não considera que esse rendimento possa ser imputável a A, pelo que também não tributa o rendimento. O pagamento de juros foi assim deduzido ao lucro de C, sem que o correspondente rendimento fosse tributado na esfera de B ou A.

Nestas circunstâncias, A DAE determina que a dedução deva ser recusada no Estado no qual o pagamento teve origem (regra primária).<sup>53</sup> Sempre que este Estado não recuse a dedução, o Estado da entidade que recebe o pagamento deverá determinar a inclusão do rendimento na matéria coletável do seu contribuinte (regra defensiva).<sup>54 55</sup> Assim, no nosso

<sup>53</sup> Cfr. Art.º 9.º, n.º 2, da DAE II.

<sup>54</sup> Apesar de a doutrina ter discutido se a DAE I se poderia aplicar a assimetrias geradas por entidades híbridas inversas, devido à redação do seu considerando n.º 4, a DAE II pronuncia-se expressamente no sentido da sua aplicação a estas figuras na própria definição de entidade híbrida (art.º 2.º n.º 9, §3, alínea i)) e no art.º 9.º-A – FIBBE G.K.; A.J.A Stevens, “Hybrid Mismatches Under the ATAD I and IP”, 26 EC Tax Review 3, 2017, p. 157.

exemplo, sempre que o E2 não recuse a dedução do pagamento dos juros, o E1 deverá determinar a inclusão do rendimento na matéria coletável de A.<sup>56</sup>

A regra da diretiva, tal como a recomendação 4, pretende anular os efeitos da assimetria no momento em que o pagamento dos juros é feito à entidade híbrida. A tributação no momento de uma posterior (e eventual) distribuição de dividendos não releva, dado que depende exclusivamente da vontade dos acionistas. Não é por isso suscetível de eliminar a assimetria.<sup>57</sup>

### 3.3.2.1.2. Norma Específica sobre Entidades Híbridas Inversas<sup>58</sup>

A DAE evita as assimetrias geradas por entidades híbridas inversas<sup>59</sup> (como a analisada no exemplo anterior), requerendo aos EM que tenham entidades híbridas estabelecidas na sua jurisdição que as tratem como residentes para efeitos fiscais, sempre que “uma ou mais entidades associadas não residentes detenham de forma agregada um interesse direto ou indireto em 50% ou mais dos direitos de voto, participações no capital ou direitos a uma parte dos lucros”. Cumpridos os requisitos, a totalidade dos rendimentos da entidade em causa passarão a ser tributados ao nível da entidade, em vez de tributados ao nível dos seus sócios.

Esta regra de requalificação acaba por prevenir o surgimento da assimetria, alinhando a qualificação que ambos os Estados fazem da entidade.<sup>60</sup> Deverá por isso dar-se prioridade à aplicação desta norma sobre a aplicação das normas do art.º 9.º. Sempre que se impeça o surgimento de uma assimetria, não sendo originado qualquer efeito de DD ou de D/NI, não haverá qualquer fundamento para proceder à aplicação de uma norma anti-híbridos.<sup>61 62 63</sup>

---

<sup>55</sup> É dada a possibilidade aos Estados de excluírem do âmbito de aplicação da regra defensiva as assimetrias geradas pelo pagamento efetuado a uma entidade híbrida que resulte numa situação de D/NI.

<sup>56</sup> Esta regra da diretiva não se pretende aplicar a situações nas quais o resultado de D/NI é conseguido através do estatuto de isenção fiscal do beneficiário do pagamento, como podemos ver no considerando n.º 18 da DAE II.

<sup>57</sup> OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, p. 59.

<sup>58</sup> A presente norma apenas terá que ser aplicada a partir de 1 de janeiro de 2022.

<sup>59</sup> Cfr. art.º 9.º-A DAE II.

<sup>60</sup> Trata-se de uma norma inspirada na recomendação 5 do projeto BEPS – OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, p. 63.

<sup>61</sup> O art.º 9.º-A da DAE não se trata de uma norma anti-híbridos, tal como a recomendação do BEPS na qual foi inspirada. A norma sobre entidades híbridas inversas visa apenas reduzir a frequência com que os efeitos de dupla não tributação provocados por certas assimetrias surgem, solucionando um conflito de qualificação. As normas anti-híbridos, por outro lado, procuram ajustar o tratamento fiscal de um determinado pagamento, eliminando o efeito de dupla não tributação – OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, p. 63.

<sup>62</sup> Considerando n.º 29 da DAE II.

Consideramos que se trata de uma norma com importantes consequências práticas, uma vez que permite eliminar as assimetrias geradas nas relações com os EUA, devido ao seu regime *check-the-box*.<sup>64</sup> A título de exemplo, podemos imaginar uma sociedade de advogados portuguesa, constituída sob a forma de sociedade civil, transparente para efeitos do ordenamento jurídico-fiscal português<sup>65</sup>. Caso algum ou alguns dos seus sócios sejam residentes nos EUA, Portugal não tributará os lucros a eles imputados, por se tratarem de não residentes. Devido ao regime *check-the-box*, pode-se optar pela qualificação da sociedade como opaca para o sistema fiscal americano. Como tal, tais lucros tão-pouco seriam tributados nos EUA, por estar em causa uma sociedade (opaca) não residente para efeitos da sua lei interna. Com a norma da DAE, Portugal poderá começar a considerar tal sociedade como opaca, tributando os seus lucros e prevenindo o surgimento de uma assimetria.

---

<sup>63</sup> A diretiva determina que a presente regra não será de aplicar a veículos de instrumento coletivo, definidos como “um fundo ou veículo de investimento com múltiplos detentores, que detenha uma carteira diversificada de títulos e esteja sujeito à regulamentação de proteção dos investidores no país em que está estabelecido.” Esta exclusão pretende garantir a neutralidade entre investimentos diretos e investimentos através de VIC, uma vez que a grande maioria dos EM opta por tributar os lucros dos VIC na esfera dos investidores.

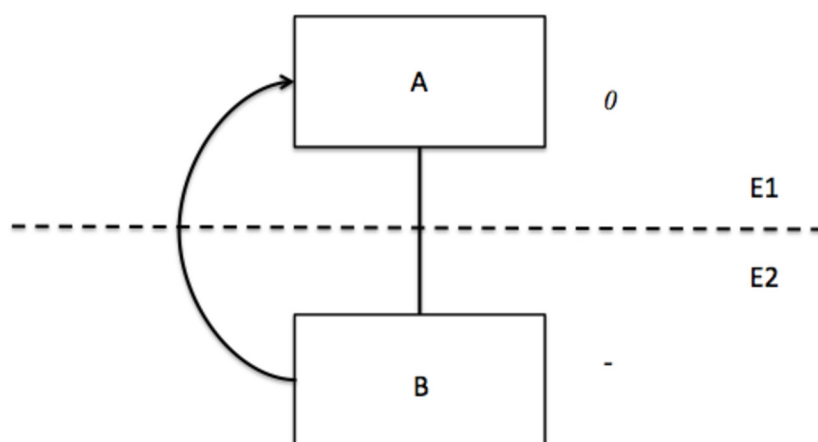
<sup>64</sup> Este regime permite que o contribuinte escolha o tratamento fiscal da entidade em causa, podendo optar por um regime de transparência ou de opacidade. Estas regras são um importante instrumento de planeamento fiscal agressivo, que permite a criação pelo contribuinte de uma situação de assimetria. – KRAHMAL, Andriy, “*International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*”, 5 Houston Business and Tax Law Journal, 2005.

<sup>65</sup> De acordo com o art.º 6.º n.º 1 alínea a) CIRC.

### 3.3.2.2. D/NI provocada por Instrumentos Híbridos

#### 3.3.2.2.1. Regra Geral

Figura 3. Caso de D/NI com recurso a instrumento híbrido.



A (soc.-mãe) é residente em E1 e B é residente em E2. O pagamento que B faz a A resulta de um instrumento financeiro híbrido. O efeito de D/NI será alcançado sempre que o Estado de origem qualifique o pagamento como juro e que o outro Estado o qualifique como uma distribuição de dividendos, de acordo com as respetivas normas ou orientações jurisprudenciais internas.<sup>66</sup>

Em regra, o pagamento de juros é considerado um custo dedutível ao lucro da entidade pagadora, ao contrário da distribuição de dividendos. Por outro lado, enquanto que os juros são considerados rendimento tributável na esfera da sociedade que os recebe, os dividendos estão geralmente sujeitos a um tratamento mais favorável. É-lhes conferido, na maior parte dos casos, uma isenção por forma a eliminar a dupla tributação económica.<sup>67</sup> Assim, no nosso

<sup>66</sup> Este conflito de qualificação deriva da diversidade de perspetivas adotadas relativamente à distinção entre dívida e capital. A título de exemplo, no Brasil a qualificação de um instrumento é baseada na natureza do seu retorno, de acordo com noções de direito privado. No Reino Unido, o ponto de partida é a forma do instrumento, apesar de este poder se reclassificado em função da substância económica da transação. Nos Estados Unidos, o “Internal Revenue Code” (IRC) estabelece os factores que devem ser tidos em consideração na qualificação do instrumento, apesar de prevalecer a análise factual e circunstancial da transação. – BISPO, Rafael Mibervino, “Cross-border intra-group hybrid finance: a comparative analysis of the legal approach adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States”, 67 Bulletin for International Taxation 7, 2013, pp. 368-369.

<sup>67</sup> RUSSO, Raffaele, *op. cit.*, p. 107. Estamos perante uma situação de dupla tributação económica sempre que o mesmo rendimento fica sujeito a dois impostos, na esfera de dois sujeitos passivos distintos - MORAIS, Rui Duarte, *op. cit.*, p. 148. Este fenómeno surge entre soc. associadas. Num primeiro momento, a soc.-filha é sujeita a imposto sobre os lucros gerados pela sua atividade, ao passo que no momento seguinte, quando o lucro é

exemplo, o pagamento será dedutível na esfera de B, uma vez que E2 o qualifica como juro, enquanto que o correspondente rendimento não é tributado na esfera de A, por E1 considerar que se trata de uma distribuição de um dividendo.<sup>68</sup> São inumeráveis os instrumentos financeiros híbridos suscetíveis de provocar este efeito. Entre os quais encontramos obrigações perpétuas, obrigações convertíveis, empréstimos participativos, empréstimos sem juros, ações de fruição, ações preferenciais resgatáveis<sup>69</sup>, e *convertible preferred equity certificates* luxemburgueses<sup>70</sup>.

A DAE estabelece que nestes casos o Estado da entidade pagadora deverá recusar a dedução do pagamento (E2). Sempre que este Estado não recuse a dedução, o Estado da entidade que recebe o pagamento (E1) deverá determinar a inclusão do rendimento na matéria coletável do seu contribuinte.<sup>71</sup> Seguiu-se de perto, uma vez mais, o Projeto BEPS, nomeadamente a Recomendação 1.<sup>72</sup>

A primeira versão proposta pela CE previa uma regra de requalificação do instrumento em causa, de acordo com a qual a qualificação dada pelo EM de origem (onde o pagamento é

---

distribuído à sociedade-mãe na forma de dividendo, integrará o seu lucro tributável, acabando por ser tributado novamente, na esfera da sociedade-mãe.

<sup>68</sup> O presente conflito é particularmente relevante no âmbito das relações entre soc. associadas em dois ou mais EM da União Europeia, em consequência da aplicação da DMF e da DJR. A primeira consagra um regime de isenção dos dividendos distribuídos a sociedades europeias, atribuindo ao Estado no qual o lucro é gerado (EF) competência tributária exclusiva sobre os lucros. Por outro lado, o regime da DJR confere ao ER tributação exclusiva sobre os rendimentos de juros. Apesar de estarmos perante um instrumento que visa a harmonização, é ainda deixada margem aos Estados para qualificarem o instrumento financeiro/rendimento em causa de acordo com o seu direito interno. Isto acontece nomeadamente com a interpretação da noção de “distribuição de dividendos”, não definida na DMF - BUNDGAARD, Jakob, “*Classification And Treatment Of Hybrid Financial Instruments And Income Derived Therefrom Under EU Corporate Tax Directives – Part I*”, 50 *European Taxation* 1, 2010, pp. 454-455.

<sup>69</sup> Um exemplo clássico deste tipo de conflito é o das ações preferenciais resgatáveis australianas. A Austrália qualifica este instrumento como dívida, permitindo a dedução do juro pago. Basta que o Estado do investidor aplique um regime fiscal vantajoso aos dividendos distribuídos (como o *participation exemption*) para que o contribuinte consiga um efeito de D/NI. – RUSSO, Raffaele, “*Fundamentals of International Tax Planning*”, *op. cit.*, p. 126.

<sup>70</sup> OCDE (2014), “*Comments received on...*”, p. 416.

<sup>71</sup> Cfr. art.º 9.º n.º 2 da DAE II. O efeito de D/NI pode também ser alcançado nas relações com países que tratam a distribuição de dividendos como “juros sobre o capital próprio”. Nestes casos, o retorno do capital é qualificado como juro e considerado custo dedutível. É o caso do Brasil e da Bélgica. – KUZNIACKI, Blazej, *et al.*, “*Preventing Tax Arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries*”, 03 *Discussion Papers SFB International Tax Coordination*, 2017, p. 20; OCDE (2014), “*Comments received on...*”, p. 116. A DAE deverá aplicar-se sempre que um destes países seja o EF (permitindo a dedução do custo) e que o ER isente o dividendo. Note-se que a regra da diretiva não se pretende aplicar apenas aos casos de assimetria nos quais o efeito de D/NI é alcançado por meio de uma isenção dos dividendos. Basta que os dividendos estejam sujeitos a um tratamento mais favorável, o que também é conseguido através da aplicação de taxas reduzidas ou de créditos de imposto (que não sejam créditos de impostos retidos na fonte) – art.º 2.º n.º 9 §3, alínea f) da DAE II. Por outro lado, a presente norma não será de aplicar sempre que o resultado de D/NI se deva a um tratamento mais favorável da própria entidade que recebe o pagamento, em função do seu estatuto fiscal, ou do facto de o instrumento detido estar sujeito a um regime especial – Considerando n.º 16 da DAE II.

<sup>72</sup> Cfr. OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, p. 23.

feito).<sup>73</sup> Não nos parecia a medida mais adequada dado que implicaria que o Estado de origem (e os seus contribuintes) tivesse de conhecer detalhadamente a legislação do outro Estado de forma a poder conferir o tratamento fiscal adequado, o que se revela de difícil praticabilidade.<sup>74</sup> A solução da diretiva permite superar estas dificuldades, exigindo apenas que os Estados identifiquem a assimetria e o seu efeito, para posteriormente poderem negar a dedução do pagamento. O Estado que aplique a regra anti-híbridos continua a poder recorrer ao seu direito interno para qualificar o instrumento e os rendimentos dele derivados, para efeitos de aplicação da lei fiscal interna.<sup>75</sup>

### 3.3.2.2.2. Opções de exclusão do âmbito de aplicação

A DAE permite que os Estados optem por excluir do âmbito de aplicação da norma sobre D/NI certos pagamentos de juros efetuados a empresas associadas, ao abrigo de um instrumento financeiro, até 31 de Dezembro de 2022<sup>76</sup>. Esta opção foi o resultado de pressões de vários EM, no sentido de evitar consequências desfavoráveis derivadas da interação das normas da diretiva com os requisitos relativos à capacidade de absorção de perdas aplicáveis às instituições financeiras.<sup>77</sup>

Podem ser excluídos três tipos de pagamento de juros.<sup>78</sup> Os derivados de: i) instrumentos financeiros com características de conversão, recapitalização interna ou redução; ii) instrumentos financeiros que tenham sido emitidos com o único objetivo de satisfazer os requisitos relativos à capacidade de absorção de perdas aplicáveis ao setor bancário, sempre que o instrumento tenha sido reconhecido como tal nos requisitos relativos à capacidade de absorção de perdas do contribuinte; e iii) instrumentos financeiros emitidos com características de conversão, recapitalização interna ou redução a nível da empresa-mãe,

---

<sup>73</sup> Art. 10.º da Proposta de diretiva, de 28 de Janeiro de 2016. A Dinamarca prevê uma medida semelhante na Secção 2B do Imposto sobre o Lucro das Sociedades da Dinamarca (*Selskabsskatteloven*, SEL). Para um maior desenvolvimento sobre a medida dinamarquesa vide BUNDGAARD, Jakob, “*Coordination rules as weapon in the war against cross-border tax arbitrage – the case of hybrid entities and hybrid financial instruments*”, 67 Bulletin for international Taxation 4/5, 2013.

<sup>74</sup> É de ter em consideração não só a barreira linguística, como o difícil acesso a legislação dispersa e o recurso, por parte de alguns países, à sua jurisprudência para definir o enquadramento fiscal de certos instrumentos financeiros – 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 1, 2008, p. 37.

<sup>75</sup> Cfr. *ibid.*, p. 32. Ao invés de alinhar a qualificação que cada Estado faz do instrumento financeiro, a DAE optou por eliminar apenas os efeitos de dupla não tributação das assimetrias híbridas - FIBBE G.K.; A.J.A Stevens, *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>76</sup> Art.º 9.º n.º 2 da DAE II.

<sup>77</sup> Considerando n.º 17 da DAE II. FIBBE G.K.; A.J.A Stevens, *op. cit.*, p. 155.

<sup>78</sup> Cfr. art.º 9.º n.º 4, alínea b), da DAE II.

sempre que ao nível necessário para satisfazer os requisitos aplicáveis relativos à capacidade de absorção de perdas, desde que não faça parte de um entendimento estruturado. Estão em causa operações inseridas no sector financeiro, planeadas a longo prazo<sup>79</sup>. Compreende-se a solução da diretiva, tendo em consideração que o sector financeiro é particularmente sensível e devidamente controlado. Este período de transição é estabelecido por uma questão de prudência, de forma a evitar que inúmeros contratos sejam repentinamente modificados.<sup>80</sup>

A diretiva permite ainda que se exclua do âmbito de aplicação da norma pagamentos de juros nos casos em que a “a dedução líquida global do grupo consolidado ao abrigo do mecanismo não exceda o montante que teria sido obtido caso o contribuinte tivesse emitido tal instrumento financeiro diretamente no mercado.” Esta exclusão é a confirmação de que as transações *at arm's length*<sup>81</sup> devem ser excluídas do âmbito de aplicação da diretiva. Parece-nos uma solução adequada uma vez que a DAE pretende combater situações puramente abusivas. Não se verifica abuso no caso de entidades que, ainda que parte de um grupo consolidado, respeitem as regras em matéria de preços de transferência, agindo como entidades independentes.

---

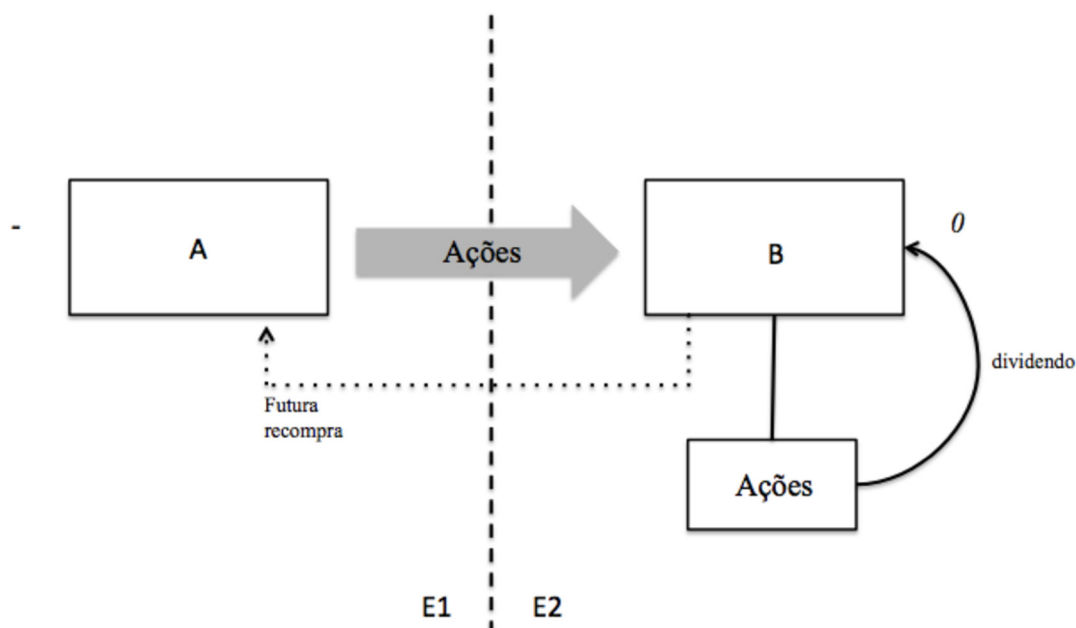
<sup>79</sup> OCDE (2014), “*Comments received on...*”, p. 15.

<sup>80</sup> Com a crise financeira de 2008, a legislação aplicável às instituições financeiras sofreu alterações no que respeita aos requisitos relativos à capacidade de absorção de perdas. Os novos requisitos, relativos ao nível de capital necessário para que estas entidades possam exercer a sua atividade, foram estabelecidos de forma a assegurar uma maior estabilidade do sector financeiro. Foi criada uma nova classe de instrumentos de capital (“Additional Tier 1 capital”), com características de dívida e de capital. O tratamento fiscal destes instrumentos ainda está a ser avaliado e discutido entre os vários países, pelo que compreendemos a necessidade de um período transitório aplicável ao sector. OCDE (2014), “*Comments received on...*”, pp. 8, 90-92, 420-421.

<sup>81</sup> Vários grupos empresariais adotam, nas relações internas, preços distintos dos preços de mercado. Trata-se de um método de elisão fiscal que lhes permite transferir lucros, de forma indireta, entre várias empresas relacionadas. Face a este fenómeno, os Estados desenvolveram medidas no sentido de fazer prevalecer os preços objetivos, de mercado, sobre os preços efetivamente praticados pelos grupos empresariais. São os denominados preços estipulados “*at arm's length*”. – XAVIER, Alberto, *op. cit.*, pp. 430-433.

### 3.3.2.3. D/Ni provocada por Transferências Híbridas

Figura 4. D/Ni com recurso a transferência híbrida.



A pretende financiar-se junto de B. Para tal, acordam que A venderá as suas ações a B, comprometendo-se a voltar a adquiri-las mais tarde por um determinado preço. B receberá os dividendos conferidos pelas ações até que estas voltem a ser adquiridas por A.

A é residente em E1 e B é residente em E2. O efeito de D/Ni é conseguido no contexto de uma operação de venda e recompra de ações, pela diferente qualificação deste negócio por parte dos dois Estados.

O E2, fazendo uma qualificação puramente formal da transação considera que B recebe os dividendos de ações por este adquiridas. Como vimos, estes dividendos estarão à partida isentos de tributação. O E1, fazendo uma qualificação com base na substância económica, considera que se trata de um juro, dado que o verdadeiro negócio consistiu num empréstimo pelo qual as ações foram dadas em garantia.<sup>82</sup> O E1 permitirá que A deduza o pagamento do juro, ao passo que o E2 não tributará os rendimentos recebidos por B, por considerar tratarem-se de dividendos, conduzindo a uma D/Ni.

<sup>82</sup> Nos últimos anos, a tendência do recurso à substância económica para qualificar um negócio jurídico tem crescido. Entre os países que aderiram a esta tendência encontramos a Austrália, Canadá, EUA, Grécia, Noruega, Portugal, e Suíça. LINDQVIST, Sanna, “Recharacterising transactions – a global trend?”. O mesmo efeito também pode ser conseguido com recurso a opções de compra e venda ou com a subscrição de ações diferidas. Para mais desenvolvimentos *vide* RUSSO, Raffaele, *op. cit.*, pp. 129-130.

A DAE estabelece uma vez mais que o Estado da entidade pagadora (E1) deverá recusar a dedução do pagamento.<sup>83</sup> Sempre que o E1 não o faça, deverá ser o E2 a determinar a inclusão do rendimento na matéria coletável do seu contribuinte.

### **3.3.3. Estabelecimentos Estáveis Híbridos**

As assimetrias geradas por EE híbridos são tratadas na DAE, o que constitui uma novidade em relação ao Projeto BEPS.<sup>84</sup> À data da publicação da DAE, a OCDE publicara apenas um documento, para discussão pública, sobre assimetrias geradas por EE híbridos.<sup>85</sup>

#### ***3.3.3.1. Norma geral sobre EE Híbridos***

Os EE híbridos permitem frequentemente que rendimentos provenientes de uma atividade económica exercida por intermédio de um EE não sejam tributados no Estado no qual está situado, sem que sejam incluídos na matéria coletável da sede, residente em outro Estado.

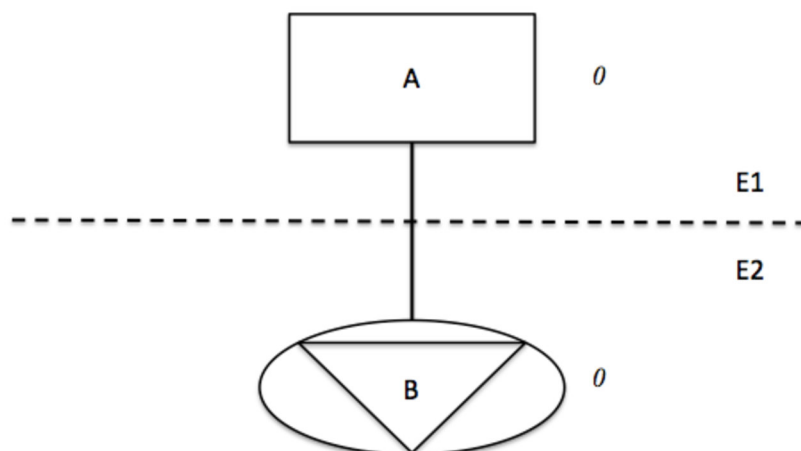
---

<sup>83</sup> A DAE esclarece ainda que as regras sobre assimetrias híbridas não serão de aplicar aos “pagamento[s] efetuado[s] por um operador financeiro ao abrigo de uma transferência híbrida no mercado, desde que a jurisdição do ordenante exija que o operador financeiro inclua como rendimento todos os montantes recebidos em relação ao instrumento financeiro transferido.” Por transferência híbrida deverá entender-se “qualquer transferência híbrida efetuada por um operador financeiro no decurso das operações comerciais normais e não como parte de um entendimento estruturado.”

<sup>84</sup> FIBBE G.K.; A.J.A Stevens, *op. cit.*, p. 155.

<sup>85</sup> OCDE (2016), “*Public Discussion Draft – BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*”, OECD Publishing. O relatório final foi publicado posteriormente, a 27/07/2017.

Figura 5. Exemplo de EE estável híbrido.



A (sede) é residente no E1 e o seu EE (B), encontra-se localizado no E2. B é reconhecido como EE pelo E1 mas não pelo E2.

O rendimento gerado por B não é tributado no E2 (EF) dado que este não identifica qualquer EE nele situado.<sup>86</sup> O E1, assumindo existir um EE no EF ao qual os rendimentos são imputados, considera que terão sido tributados nesse Estado, conforme o disposto na segunda parte do art.º 7.º n.º1 da CMOCDE<sup>87</sup>. Caso seja aplicável o método da isenção, isenta os rendimentos de qualquer tributação<sup>88</sup>, que acabam por não ser tributados em nenhum dos Estados. Gera-se uma situação de dupla não tributação internacional.

De acordo com a diretiva<sup>89</sup>, o EM da residência deve determinar a inclusão dos rendimentos na matéria coletável apurada por este.<sup>90</sup> Ressalvam-se os casos nos quais o ER está obrigado a isentar os rendimentos de acordo com uma CDT celebrada com um P3º. No nosso exemplo, caberia por isso ao E1 determinar a inclusão dos rendimentos na matéria coletável apurada por A (negando assim a isenção dos rendimentos do EE).

<sup>86</sup> E2 não tributa estes rendimentos tendo em conta o disposto no art.º 7.º, n.º1 da CMOCDE. De acordo com este artigo, o ER tem competência exclusiva para tributar os lucros de uma empresa, na ausência de um EE no EF.

<sup>87</sup> Sempre que exista um EE no EF, este artigo determina que haverá uma competência tributária cumulativa do EF e do ER. Assumimos que o método aplicável é o da isenção.

<sup>88</sup> É ao ER que cabe eliminar a dupla tributação internacional, através do método do crédito ou da isenção, como previsto nos art.º 23.º-A e 23.º-B da CMOCDE. O método da isenção consiste em isentar do imposto devido no país da residência os rendimentos de fonte estrangeira - XAVIER, Alberto, *op. cit.*, p. 743.

<sup>89</sup> Art.º 9.º n.º 5 da DAE II.

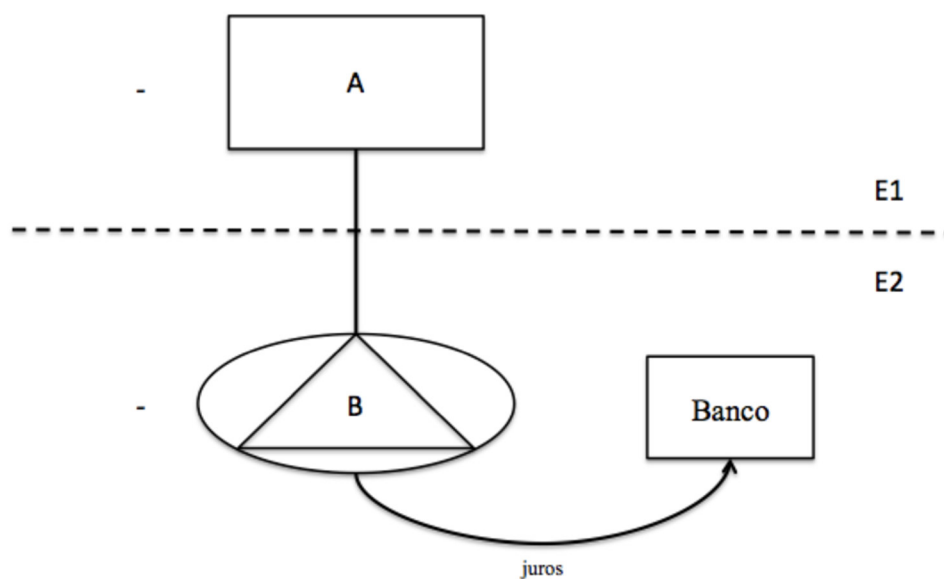
<sup>90</sup> Cfr. art.º 9.º n.º 5 da DAE II. Esta norma não implica necessariamente a sujeição do rendimento a imposto. Os rendimentos poderão estar sujeitos a isenções internas (como no caso dos dividendos, sempre que seja de aplicar um regime como o *participation exemption*) – OCDE (2017), “*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 25.

O objetivo desta regra é permitir que o ER não perca receitas às quais normalmente teria direito, ao procurar eliminar uma situação de dupla tributação internacional que na prática não existe.<sup>91</sup> Consideramos tratar-se de uma medida importante que permite aos Estados uma recuperação de parte das suas receitas fiscais e que impede que os contribuintes se sirvam de CDT's para criar situações abusivas. Esta norma, tal como a norma específica sobre entidades híbridas inversas, tem a vantagem de reduzir a frequência com que surgem assimetrias geradas por estabelecimentos estáveis híbridos.<sup>92</sup>

Como tal, esta norma deverá preceder a aplicação do art.º 9.º n.º 1 e 2 a EE híbridos, uma vez que é passível de prevenir o surgimento de situações de DD ou de D/NI com recurso a EE híbridos.<sup>93</sup>

### 3.3.3.2. DD

Figura 6. DD com recurso a EE híbrido.



A (sede) reside em E1 e o seu EE (B) localiza-se em E2. B é reconhecido como EE pelo E2 mas não pelo E1.

A pretende financiar-se junto de uma instituição financeira (independente) através do seu EE situado no E2, de forma a que o correspondente pagamento de juros seja imputável a

<sup>91</sup> OCDE (2017), “Neutralising the Effects of Branch...”, p. 24.

<sup>92</sup> OCDE (2017), “Neutralising the Effects of Branch...”, pp. 20, 25.

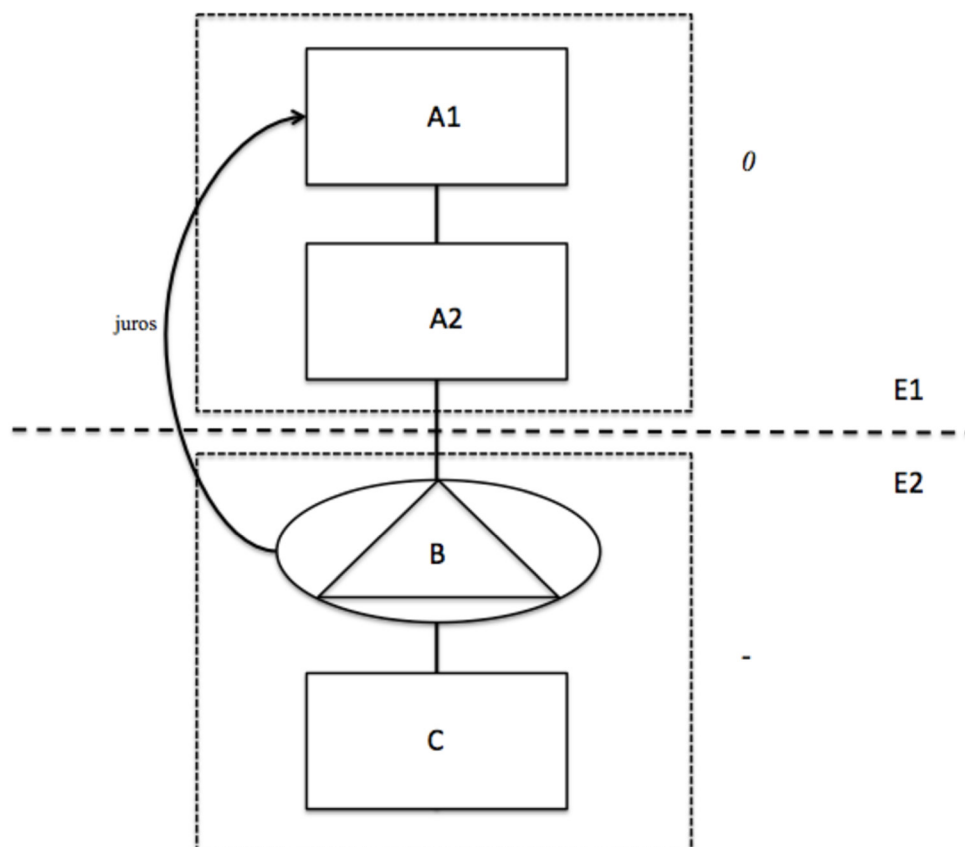
<sup>93</sup> Considerando n.º 15 da DAE II.

este último. Uma vez que o E2 considera B como um EE nele situado, permite a dedução dos juros aos lucros que lhe são imputáveis. No entanto, o E1 não identifica qualquer EE e, por isso, permite a dedução do mesmo juro à matéria coletável de A. O juro acaba por ser deduzido em dois Estados distintos.

A DAE prevê que a dedução do pagamento deve ser recusada no Estado do investidor (E1).<sup>94</sup> Sempre que este Estado não o faça o E2 deverá recusar a dedução.

### 3.3.3.3. D/NI

Figura 7. D/NI com recurso a EE híbrido.<sup>95</sup>



<sup>94</sup> Art.º 9.º n.º 1 da DAE II. Como vimos, esta norma será de aplicar se a situação de assimetria não tiver sido eliminada pela norma geral sobre EE híbridos.

<sup>95</sup> Exemplo correspondente à situação descrita no art.º 2.º n.º 9, §1, alínea f).

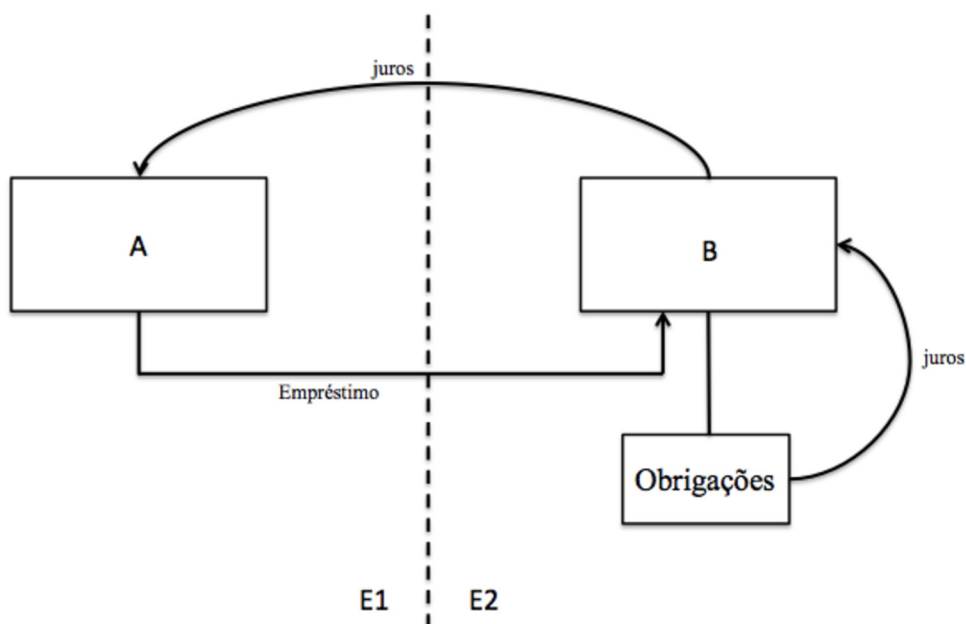
Nesta figura podemos identificar A1 (soc.-mãe) e A2 residentes no E1. No E2 está estabelecido B (EE de A2) e C, detida por intermédio de B. A1 e A2 são tributadas como grupo, assim como B e C<sup>96</sup>. B é reconhecido como EE pelo E2, mas não pelo o E1.

B financia-se junto de A1, pelo que terá de lhe pagar os correspondentes juros. Uma vez que E2 qualifica B como um EE, irá permitir a dedução do juro ao lucro do Grupo B/C. Apesar disso, o correspondente rendimento não irá ser tributado na esfera do grupo A1/A2, por o E1 não qualificar B como um EE, não reconhecendo qualquer transação.

De acordo com a DAE o Estado da entidade pagadora (E2) deverá recusar a dedução do custo, de forma a eliminar a situação de D/NI.<sup>97</sup> Caso não o faça, deverá ser o E1 a determinar a inclusão do rendimento na matéria coletável de A1.<sup>98</sup>

### 3.3.4. Redução do Imposto Retido na Fonte

Figura 8. Redução do imposto retido na fonte por recurso a transferência híbrida.



A reside no E1 e B reside no E2.

<sup>96</sup> Apesar de B se tratar de um EE, o art.º 69.º-A CIRC permite que, preenchidos determinados requisitos, se aplique o RETGS a todas as sociedades dominadas residentes em Portugal, assim como ao EE de uma sociedade dominante não residente (desde que residente num EM ou num Estado do EEE).

<sup>97</sup> Tal como no caso anterior, esta norma será de aplicar se a situação de assimetria não tiver sido eliminada pela norma geral sobre EE híbridos.

<sup>98</sup> Art.º 9.º n.º 2 da DAE II. É também dada a possibilidade aos Estados de excluírem as assimetrias geradas por EE híbridos do âmbito de aplicação da regra defensiva. Cfr. art.º 9.º n.º 4 alínea a) da DAE II.

B recebe juros de obrigações que subscreveu e pretende financiar-se junto de A, que lhe concede um empréstimo. O empréstimo é remunerado com os juros que B recebe das obrigações subscritas. E2 adota uma perspetiva formal do negócio e qualifica-o como empréstimo, tratando B como o titular das obrigações, uma vez que B nunca transmitiu a sua titularidade a A. B pode então reclamar um crédito sobre o imposto pago pelos juros, que normalmente sofrem RF no momento em que são pagos<sup>99</sup>. Por outro lado, E1 adota um enfoque mais substancial deste negócio, tratando A como titular das obrigações, uma vez que este acaba por ser o sujeito que sofre o risco do investimento nas obrigações. Por conseguinte, A também poderá reclamar o crédito sobre o imposto pago pelos juros. Diminuiu-se assim o montante de imposto final a pagar, através de uma duplicação do crédito de imposto.

Apesar de estas assimetrias serem mais comuns nas relações entre EM e P3<sup>os</sup> (uma vez que o mecanismo da RF é mais utilizado nesse contexto), podem também surgir no âmbito de relações entre EM. A DJR, apesar de ter eliminado grande parte das RF nas relações entre sociedades europeias, não as eliminou na totalidade.<sup>100</sup>

A DAE determina que cada EM deve limitar o montante do crédito proporcionalmente aos rendimentos líquidos tributáveis que o contribuinte efetivamente recebe.<sup>101 102</sup> No nosso caso, A acaba por receber a totalidade dos juros das obrigações, sendo o seu beneficiário efetivo<sup>103</sup>. B parece ser apenas um intermediário, nomeadamente na medida em que seja obrigado a transmitir os juros das obrigações por este subscritas, não recebendo qualquer rendimento tributável. Assim, de acordo com a regra da DAE o E2 deverá recusar a concessão do crédito de imposto, eliminando a duplicação do crédito.

---

<sup>99</sup> O art.º 23.º-B da CMOCD E prevê que o ER possa optar por conceder um crédito de imposto ordinário correspondente ao montante de imposto pago no EF como forma de eliminação da dupla tributação jurídica internacional, em alternativa ao método da isenção. De acordo com este artigo, “a importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fracção do imposto sobre o rendimento, (...) calculado antes da dedução, correspondente ao rendimento ou património pago nesse outro Estado.”

<sup>100</sup> O TJUE pronunciou-se recentemente sobre a admissibilidade de recurso por parte dos EM a mecanismos de RF, desde que “(...) justificada por uma razão imperiosa de interesse geral e não ultrapasse o necessário para alcançar o objetivo prosseguido.” – TJUE 13.07.2016, C-18/15, *Brisal*, §22.

<sup>101</sup> Cfr. art.º 9.º n.º 6 da DAE II.

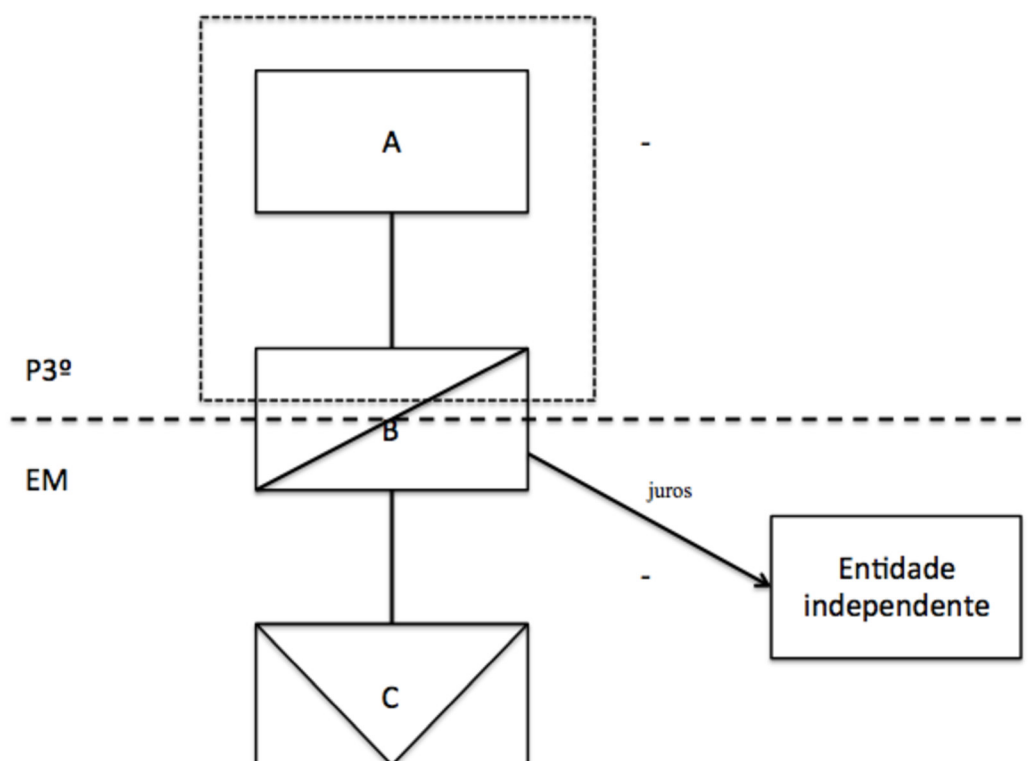
<sup>102</sup> Solução que não é coerente com o considerando n.º 23 da DAE II, que determina que se deva solucionar a situação de assimetria com recurso à cláusula geral anti-abuso da DAE I. Parece-nos que se trata de um lapso do legislador europeu, pelo que consideramos que será de aplicar o art.º 9.º, n.º 6.

<sup>103</sup> B acaba por ser uma mera *conduit company*, ou sociedade trampolim que, embora seja a proprietária formal do rendimento, só dispõe de poderes muito limitados relativamente ao juro em causa, estando limitada a transferir o rendimento para A. Para uma exposição mais desenvolvida sobre o conceito de beneficiário efetivo *vide* OCDE (2014), “*Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património 2010*”, art.º 11.º, §9-§11.

### 3.3.5. Dupla Residência

As entidades com dupla residência fiscal podem originar também uma situação de DD, como melhor se poderá perceber com o seguinte exemplo.

Figura 9. DD com recurso a entidades com dupla residência fiscal.



A (soc.-mãe) é residente num P3º, enquanto C é residente num EM. C é uma entidade híbrida, na medida em que é qualificada como transparente no EM e é tratada como opaca no P3º. B tem dupla residência fiscal, ou seja, é qualificada como residente nos termos do ordenamento do P3º e do EM. No P3º, a matéria coletável é apurada ao nível do Grupo A/B, de acordo com o regime de tributação de grupos vigente nesse país.

B pede um empréstimo a uma entidade independente pelo qual paga juros, apurando um resultado negativo. Apesar de C ter apurado um resultado positivo, verá a sua matéria coletável imputada à esfera de B, por ser considerada transparente pelo EM. O resultado positivo de C é assim compensado com a dedução dos juros pagos por B, reduzindo de forma

significativa o montante de imposto a pagar. O P3º não imputará o resultado positivo de C na esfera de B, por qualificar C como sociedade opaca. Ao invés, por considerar B como residente, permitirá a dedução do juro à matéria coletável do Grupo A/B. O mesmo custo é deduzido em ambos os Estados.

De acordo com a DAE, nas relações entre EM e P3ºs, o EM deve recusar a dedução<sup>104</sup> salvo se o P3º já o tiver feito (de forma a evitar situações de dupla tributação).<sup>105</sup> Não se deverá ainda proceder à recusa da dedução sempre que se dê uma dupla inclusão do rendimento.

Nas relações entre EM, a DAE obriga a ter em conta a regra de desempate da CDT aplicável.<sup>106</sup> O custo será dedutível no Estado ao qual a regra de desempate atribua a residência. Vimos, no entanto, que o critério de desempate é o da direção efetiva, que por ser um conceito com alguma indeterminação pode criar problemas de aplicação prática.<sup>107</sup> Consideramos por isso que a solução da diretiva poderá deixar alguns casos de assimetria por solucionar.<sup>108</sup>

### 3.3.6. Assimetrias Importadas

Apesar de a diretiva estabelecer um vasto conjunto de regras anti-híbridos aplicáveis nas relações entre EM e entre EM e P3ºs, as normas analisadas não são capazes de impedir que assimetrias híbridas criadas nas relações entre P3ºs produzam efeitos na base tributável de um EM. A importação destes efeitos poderá ocorrer sempre que um custo dedutível num EM seja utilizado para financiar despesas no âmbito de uma assimetria híbrida gerada nas relações entre P3ºs, sempre que os mesmos não prevejam regras anti-híbridos.

A DAE pretende eliminar o efeito destas assimetrias, no contexto das relações entre entidades associadas ou no âmbito de entendimentos estruturados. As regras da Diretiva serão

---

<sup>104</sup> Art.º 9.º-B da DAE II.

<sup>105</sup> Consideramos importante mencionar as regras “*dual consolidated losses*” adotadas por países como os EUA ou o Reino Unido. Estas regras impedem que um custo incorrido por uma entidade com dupla residência seja deduzido nesse Estado, quando o mesmo custo possa ser deduzido noutra Estado. A norma da diretiva só será de aplicar quando se verifique uma DD efetiva, o que não acontecerá sempre que o outro Estado aplique uma regra como a dos EUA ou Reino Unido. – OCDE (2014), “*Comments received on...*”, p. 274.

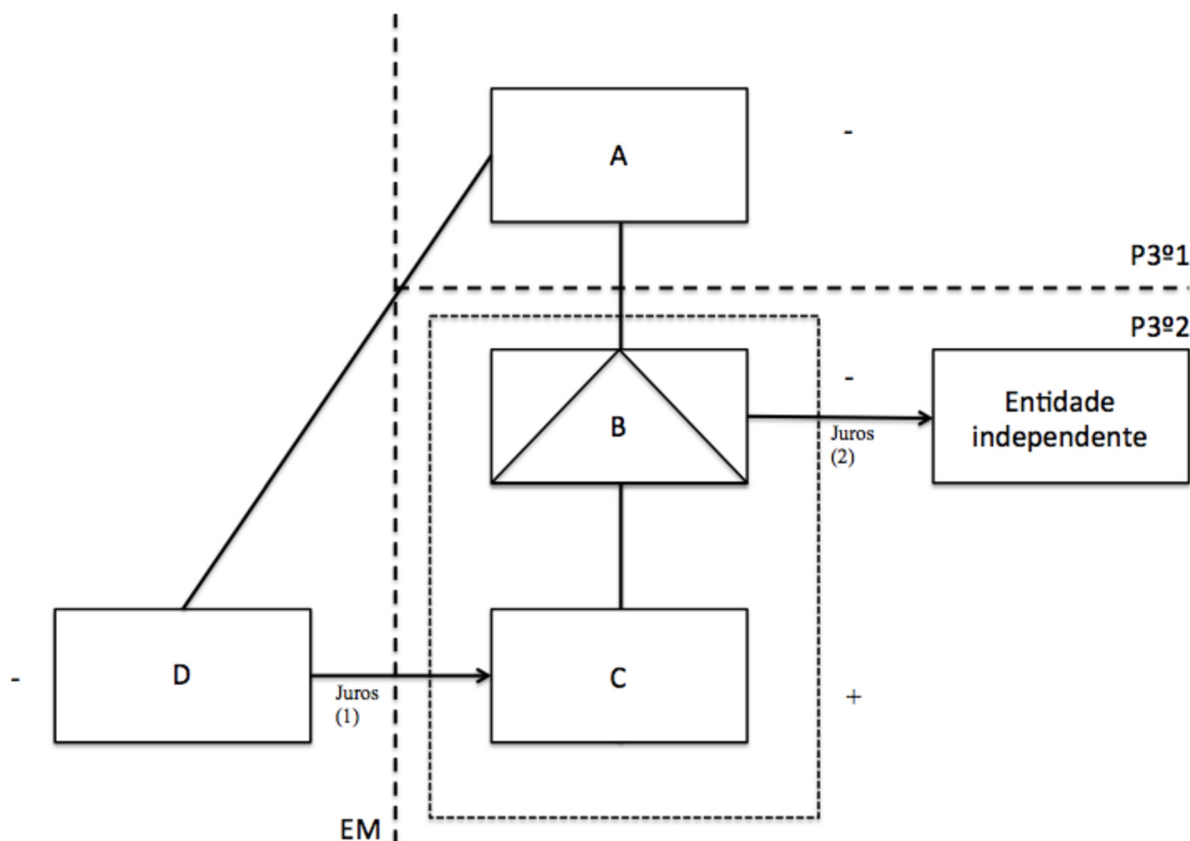
<sup>106</sup> Ainda que nenhum dos Estados tenha invocado a aplicação da CDT. *Vide* art.º 4.º n.º3 da CMOCDE.

<sup>107</sup> *Supra*, p. 14.

<sup>108</sup> A norma geral que regula os casos de DD, consagrada no art.º 9.º n.º1, não é tão pouco suscetível de resolver estes casos. Tal como vimos, o art.º 9.º n.º1 estabelece que a dedução deva ser concedida apenas no EM no qual o pagamento tem origem. No entanto, nos casos de dupla residência, o pagamento tem origem em ambos os Estados, pelo que não será possível solucionar uma DD com recurso a esta norma.

ilustradas através dos seguintes exemplos, os quais têm em consideração a importação dos efeitos de DD e de D/NL.

Figura 10. DD com recurso a assimetria importada.

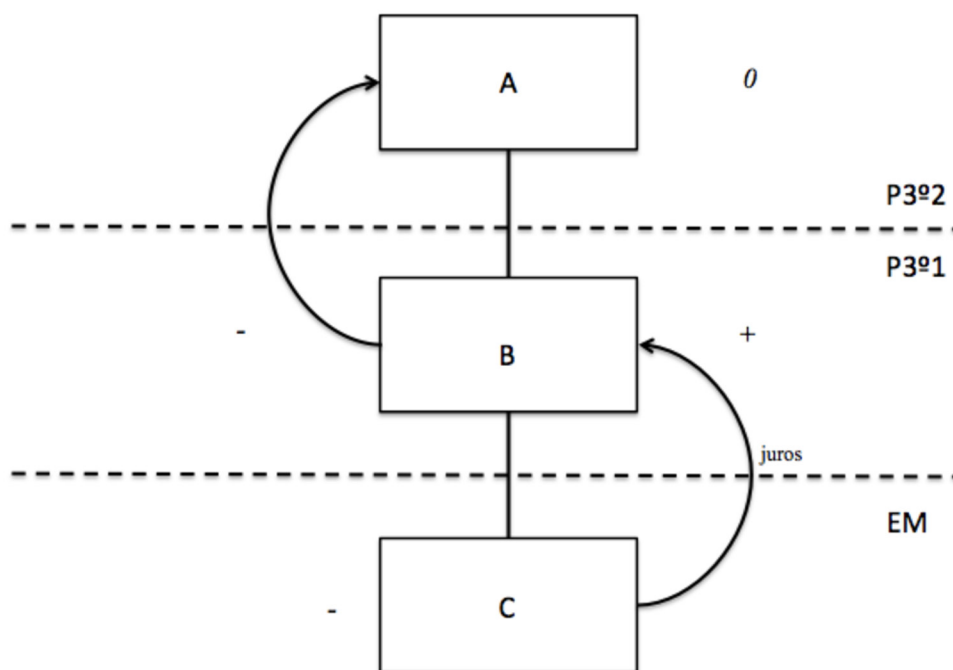


A (soc.-mãe) é residente no P3º1, B e C são residentes no P3º2 e D é residente num EM. B e C apuram a sua matéria coletável de acordo com o regime de tributação de grupos vigente nesse país. B é uma entidade híbrida, qualificada como entidade transparente para o P3º1 e como opaca para o P3º2.

D contrai um empréstimo junto de C, remunerado através do pagamento de juros. Este pagamento é dedutível em D. Apesar de o rendimento proveniente dos juros configurar um rendimento tributável do grupo B/C, este acaba por ser compensado com a dedução de um segundo pagamento de juros por parte de B, no seguimento de um contrato de financiamento celebrado com uma entidade independente. O resultado negativo apurado por B será posteriormente imputado à esfera de A, permitindo uma nova dedução do mesmo pagamento, devido ao P3º1 considerar B como transparente. Apesar de a assimetria ocorrer no contexto

das relações entre os P3<sup>os</sup>, a DD consegue-se entre o EM e o P3<sup>o</sup>1. No EM o pagamento dos juros é dedutível na esfera de D, cujo rendimento é compensado pelos juros pagos no contexto de um novo empréstimo contraído por uma entidade híbrida, que permite que o custo volte a ser deduzido na esfera de A, no P3<sup>o</sup>1. Conseguiu-se desta forma importar os efeitos de uma assimetria gerada nas relações entre P3<sup>os</sup> para um EM da União Europeia.

Figura 11. D/NI com recurso a assimetria importada.



A (soc.-mãe) é residente no P3º2, B no P3º1 e C num EM. O pagamento entre B e A deriva de um instrumento financeiro híbrido. O pagamento é qualificado como juro no P3º1 e qualificado como distribuição de dividendos por P3º2.

C contrai um empréstimo junto de B, remunerando-o com o pagamento de juros. Este pagamento é um custo dedutível na esfera de C e um correspondente rendimento tributável na esfera de B. O rendimento auferido por B é no entanto compensado com a dedução do pagamento feito a A. Assim, o rendimento correspondente ao pagamento feito por B acaba por não ser tributado no P3º2.<sup>109</sup> Por outro lado, o pagamento dedutível no EM não é incluído na matéria coletável de A, estabelecido num P3º. O contribuinte conseguiu importar para um EM o efeito de D/NI provocado por uma assimetria originada no contexto de relações entre P3<sup>os</sup>.

<sup>109</sup> Como vimos, os dividendos estão geralmente isentos de tributação na esfera da entidade que os recebe.

De acordo com a DAE, em ambos os casos, o EM deverá recusar a dedução do custo. Só não o fará se um dos P3<sup>os</sup> o tiver feito ou se tiver tributado o rendimento.<sup>110</sup> No nosso primeiro exemplo, o EM deveria recusar a dedução do pagamento em D, ao passo que no segundo exemplo a dedução deveria ser recusada em C.

---

<sup>110</sup> Cfr. art.º 9.º n.º 3 da DAE II.

## 4. Implementação no Ordenamento Jurídico Português

### 4.1. Considerações iniciais

A DAE, enquanto diretiva da UE, carece de transposição para o ordenamento jurídico de cada um dos EM.<sup>111</sup> Neste processo, os EM encontram-se vinculados aos fins estabelecidos pela diretiva, mantendo a sua liberdade de escolha dos meios de direito interno adequado para os prosseguir, e de adaptação das normas às eventuais especificidades dos respetivos ordenamentos jurídicos.<sup>112</sup>

Sendo uma diretiva de mínimos, os EM podem optar por conferir um nível de proteção mais elevado do que o disposto pela DAE.<sup>113</sup> Apesar da complexidade do tema, a atual diretiva não requer uma grande tomada de posição por parte do legislador português. As normas sobre assimetrias híbridas contêm comandos claros e precisos, pelo que consideramos que o legislador deveria reproduzir o texto da diretiva na íntegra. Além disso, o ordenamento jurídico português conta apenas com uma norma anti-híbridos, que analisaremos ainda neste capítulo.<sup>114</sup> Consideramos ainda que as opções de exclusão relativas às assimetrias geradas por instrumentos financeiros híbridos devem ser adotadas pelo legislador, pelos motivos expostos anteriormente.

Relativamente à sistemática do CIRC, consideramos que as regras sobre híbridos (assim como a definição de assimetria híbrida) devem ser transpostas para a Subsecção I da Secção VI, relativa às correções para efeitos da determinação da matéria coletável. Parece-nos a opção mais adequada dado ser esta a secção na qual encontramos as regras sobre preços de transferência, sobre SEC e sobre a limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento.

Neste capítulo propomo-nos agora a fazer algumas reflexões ou críticas sobre aspetos que consideramos relevantes e que deverão ser tidos em consideração no momento de transposição por parte do legislador doméstico.

---

<sup>111</sup> Como disposto no art.º 288.º do TFUE. Importa também clarificar que, no ordenamento jurídico português, as diretivas têm que ser transpostas por lei, decreto-lei ou decreto-legislativo regional (cfr. art.º 112.º, n.º 8 da CRP).

<sup>112</sup> PAIS, Sofia Oliveira, “*Estudos de Direito da União Europeia*”, Coimbra, Almedina, 2012 p. 25.

<sup>113</sup> Cfr. art.º 3.º da DAE I.

<sup>114</sup> Art.º 51.º n.º 10 alínea a) CIRC o qual resulta, por seu turno, da DMF.

## 4.2. Proposta de Implementação

### 4.2.1. Coordenação com outras normas

#### 4.2.1.1. Com as normas sobre Preços de Transferência

Como vimos, no caso das normas anti-híbridos da DAE, entende-se também por empresa associada uma entidade com uma influência significativa na gestão de outra.<sup>115</sup>

Apesar de a diretiva não definir tal expressão, o legislador português poderá recorrer a normas nacionais como o art.º 63.º do CIRC, sobre preços de transferência, para a concretizar<sup>116</sup>. A finalidade das regras sobre preços de transferência consiste na prevenção de manipulações de preços acordados entre partes relacionadas, essencialmente multinacionais ou grupos económicos integrados, com o objetivo de redução ou eliminação da carga fiscal.<sup>117</sup> Neste sentido, e uma vez que o tema dos preços de transferência está intimamente ligado com situações de abuso e de erosão da base tributável geradas por entidades relacionadas, consideramos ser adequada a interligação de temas através da remissão do conceito de influência significativa em matéria de assimetrias híbridas para o mesmo conceito em matéria de preços de transferência.

#### 4.2.1.2. Com o artigo 51.º n.º10 alínea a) do CIRC (Alteração à Diretiva Mães e Filhas)

Em 2014, a DMF foi alterada no sentido de eliminar situações de dupla não tributação geradas por instrumentos financeiros híbridos.<sup>118</sup> Esta alteração foi transposta para o art.º 51.º do CIRC, que determina que o ER nega a isenção conferida pela DMF sempre que a distribuição de lucros tenha sido deduzida como gasto no EF.<sup>119</sup> A solução encontrada pela DMF adequa-se ao seu objetivo de eliminação da dupla tributação jurídica e económica. Se

<sup>115</sup> Art.º 2.º n.º4 alínea c) da DAE II.

<sup>116</sup> De acordo com o seu n.º 4, “[c]onsidera-se que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, direta ou indiretamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra” (sublinhado nosso). Para concretizar esta expressão, a lei recorre a um catálogo exemplificativo que tem em atenção não só um critério de detenção mas também, entre outras, as relações familiares, conjugais, e as relações de domínio e de subordinação entre entidades. Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de relações especiais e de influência significativa, veja-se FREITAS PEREIRA, Manuel Henrique de, “Fiscalidade”, 5ª ed., Almedina, 2014, pp. 502-506.

<sup>117</sup> TEIXEIRA, Glória, “Manual de Direito Fiscal”, 4ª ed., Almedina, 2016, pp. 115-116.

<sup>118</sup> Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de Julho de 2014.

<sup>119</sup> Art.º 51.º n.º10 alínea a), segundo o qual o *participation exemption* não é aplicável “aos lucros e reservas distribuídos que (...) correspondam a gastos dedutíveis pela entidade que os distribui para efeitos do imposto mencionado na alínea d) do n.º1 [IRC]”.

nos casos de assimetria gerados por instrumentos financeiros o rendimento não é tributado no EF, não existe qualquer situação de dupla tributação a eliminar pelo ER. O mecanismo da isenção não deve por isso ser aplicado.<sup>120</sup>

A DAE propõe-se também a eliminar assimetrias geradas por instrumentos financeiros, sempre que estas resultem numa situação de D/NI. Devemos salientar que o âmbito de aplicação das duas diretivas é distinto<sup>121</sup>. Nesses termos, uma assimetria gerada por instrumentos financeiros híbridos que não se insira no âmbito de aplicação da norma anti-híbridos da DMF<sup>122</sup> poderá cair no âmbito de aplicação da DAE. Esta aplicar-se-á sobretudo a situações em que o ER isente os dividendos de tributação através de uma norma doméstica, distinta do regime de isenção estabelecido pela DMF.

O legislador deverá fazer a ressalva de que, sempre que o ER negue o regime da isenção da DMF, a DAE não deva ser aplicável. Deverá ser concedida prioridade à regra da DMF, por se tratar de uma norma especial face à norma geral da DAE.<sup>123</sup> Nestas situações, a DMF previne já o surgimento de uma assimetria, pelo que não haverá necessidade de aplicação da regra sobre D/NI da DAE.

#### **4.2.1.3. Com as regras sobre a dedutibilidade de juros**

O CIRC limita a dedutibilidade de gastos associados à remuneração de capitais alheios (como juros) para efeitos de apuramento do lucro tributável.<sup>124</sup> Pretende-se evitar que os contribuintes optem por um endividamento excessivo suscetível de reduzir significativamente a base tributável.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Conselho da União Europeia – Press Release 11647/15. A solução da DMF parece ser claramente contrária à solução proposta pelo projeto BEPS, o que poderá implicar uma descoordenação suscetível de gerar novos conflitos de dupla tributação ou de dupla não tributação. Para mais desenvolvimentos, *vide* MARCHGRABER, Christoph, “*Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission*”, 54 *European Taxation* 4, 2014, pp. 141-142.

<sup>121</sup> Cfr. artigos 1.º e 2.º da Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 20 de Novembro de 2011.

<sup>122</sup> Neste sentido *vide* EVERAERT, Gerard Julius Oliveira, “*Dedução/não inclusão com hybrid mismatches: game over?*”, Tese de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 37.

<sup>123</sup> Considerando n.º 30 da DAE II.

<sup>124</sup> De acordo com o art.º 67.º do CIRC, “os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites: (a) €1.000.000; ou (b) 30% do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos [EBITDA].” NABAIS, Casalta, *op. cit.*, pp. 373-374. Note-se que a regra portuguesa sobre a dedutibilidade de juros terá de ser adaptada tendo em consideração o art.º 4 da DAE I. No entanto, cremos que tais mudanças não implicarão modificações conceptuais significativas, pelo que não afetarão a nossa proposta.

<sup>125</sup> Em detrimento do financiamento por recurso a capital próprio, que não confere semelhante vantagem. BLOUIN, Jennifer, *et al.*, “*Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*”, IMF Working Paper, 2014, p. 3.

É da maior relevância compatibilizar esta nossa norma com as regras sobre assimetrias híbridas previstas na DAE, estabelecendo uma ordem de prioridade entre elas. A OCDE, no contexto do Projeto BEPS, já se pronunciou sobre a coordenação destas normas, propondo que se dê prioridade às normas sobre assimetrias híbridas<sup>126</sup>. Parece-nos a solução mais acertada, pelo que sugerimos que o legislador faça esta referência no artigo referente à limitação à dedutibilidade de juros.

A grande maioria das regras anti-híbridos que encontramos na DAE redundam numa recusa da dedução de determinados pagamentos enquanto gastos, de forma a combater situações de dupla não tributação. Se a dedução de um pagamento é recusada por gerar uma assimetria, então o gasto já não deverá ser contabilizado para efeitos da aplicação da regra de subcapitalização.<sup>127</sup> Ou seja, a regra que limita a dedução dos gastos de financiamento deverá ter em consideração apenas os gastos efetivamente dedutíveis, depois de eventualmente ter sido afastada a dedutibilidade de determinados pagamentos por aplicação das regras sobre assimetrias. Evita-se assim a possibilidade de gerar uma situação de dupla tributação, por aplicação simultânea de ambas as regras.

#### ***4.2.1.4. Com as regras sobre sociedades estrangeiras controladas***

O CIRC determina a imputação do lucro obtido por empresas residentes em território estrangeiro à esfera dos sócios residentes em Portugal (na proporção da sua participação social), independentemente da sua distribuição, desde que reunidas determinadas condições.<sup>128</sup> Trata-se de uma norma anti-abuso, que pretende evitar a erosão da base

---

<sup>126</sup> OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, pp. 97-98. Note-se que a regras da DAE foram fortemente inspiradas nas recomendações do projeto BEPS. Como a própria diretiva explicita no seu considerando n.º 28, “(...) os Estados-Membros deverão utilizar como fonte de ilustração ou de interpretação as explicações e os exemplos aplicáveis no relatório sobre a Ação 2 do projeto BEPS da OCDE, na medida em que forem compatíveis com as disposições da presente diretiva e com o direito da União.”

<sup>127</sup> Neste sentido, no contexto da articulação de normas anti-híbridos com regras de subcapitalização holandesas, vide JANSEN, Emily e Edwin Van KASTEREN, “*Hybrid Financial Instruments*”, 10 *Derivatives & Financial Instruments* 5, 2008, p. 184.

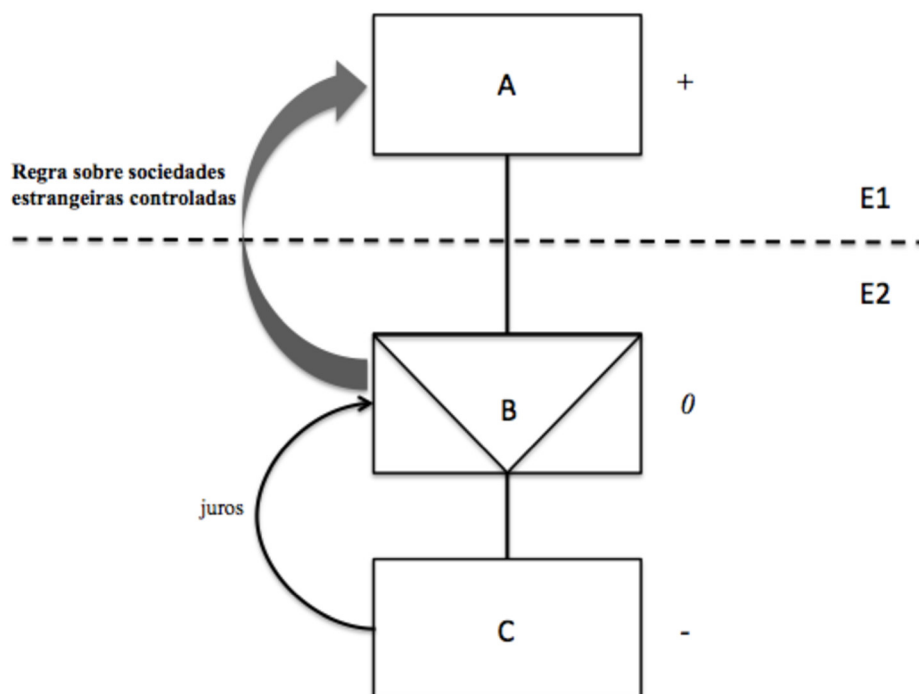
<sup>128</sup> De acordo com o art.º 66.º do CIRC, “os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, direta ou indiretamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.”. A DAE I prevê regras SEC nos seus art.º 7.º e 8.º, que o legislador português terá que transpor. Tal como no caso da regra sobre dedutibilidade de juros, consideramos que a norma da DAE não trará mudanças significativas, pelo que a nossa proposta não ficará afetada.

tributável através da deslocalização artificial de lucros de sociedades portuguesas para países com uma tributação mais baixa.<sup>129</sup>

As regras sobre assimetrias híbridas da diretiva são acionadas pela verificação de situações de dupla não tributação, na forma de DD, D/NI ou de redução do imposto retido na fonte. Os EM devem ser particularmente cautelosos quanto à verificação efetiva deste pressuposto, para que a aplicação cumulativa das regras da diretiva e das SEC não conduza a situações de dupla tributação.

Vejamos o seguinte exemplo.

Figura 12. Situação de D/NI evitada por regra SEC.



Sem a aplicação da regra SEC, o pagamento do juro seria dedutível na esfera de C, acabando por não ser tributado ao nível de B (por E2 considerar que o rendimento seria tributável na esfera de A, ao abrigo do regime de transparência). De acordo com a perspetiva do E1, que qualifica B como sociedade opaca, o rendimento não poderia ser tributado ao nível de A.

Com a aplicação da regra SEC, o rendimento decorrente do pagamento do juro é imputado à esfera de A, ficando sujeito a tributação no E1. Não se verifica por isso o efeito de

<sup>129</sup> LANG, Michael *et al.*, “CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law”, EUCOTAX, 8 Series on European Taxation, Kluwer Law International, 2004, pp. 15-17.

D/NI, uma vez que a o pagamento dedutível em C acaba por ser incluído na matéria coletável de A. Previne-se assim o surgimento da assimetria.

O BEPS refere que as regras sobre assimetrias híbridas devem ser aplicadas sempre que as regras SEC não sejam suscetíveis de impedir uma situação de dupla não tributação.<sup>130</sup> Somos da opinião de que o legislador português deve seguir esta recomendação, estabelecendo uma prioridade de aplicação das regras SEC sobre as regras anti-híbridos. Sugerimos que o faça no futuro artigo ou numa subsecção destinada às normas sobre híbridos.

O mesmo valerá para efeitos da aplicação da regra sobre assimetrias híbridas inversas prevista no art.º 9.º-A da DAE, já analisado. Caso tenha sido aplicada uma regra SEC, não se deverá proceder à requalificação da entidade transparente<sup>131</sup>. Também neste caso o efeito da dupla não tributação foi já evitado pela regra SEC, pelo que o EM não deverá aplicar o art.º 9.º-A, sob pena de gerar uma situação de dupla tributação.

#### 4.2.2. Assimetrias Temporárias

Na implementação das regras sobre assimetrias híbridas da diretiva, o legislador português deverá ter em atenção as diferenças temporais existentes nos vários ordenamentos jurídicos, quanto ao reconhecimento de um determinado rendimento ou despesa. Muitos Estados preveem regras contabilísticas e fiscais distintas nesta matéria, pelo que podem surgir discrepâncias quanto a saber qual o momento em que determinados rendimentos foram obtidos, ou determinadas despesas foram efetuadas.<sup>132</sup>

As regras da diretiva<sup>133</sup> devem incidir sobre assimetrias permanentes e não sobre assimetrias que tenham um efeito meramente temporário<sup>134</sup>, uma vez que estas diferenças não geram verdadeiras situações de dupla não tributação. Não teremos um caso de D/NI se o reconhecimento da despesa e do correspondente rendimento ocorrer em períodos fiscais distintos, assim como não teremos um caso de DD relevante se o período fiscal no qual se dá

---

<sup>130</sup> OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, pp. 29-30, 52, 57-58, 63-65, 72, 98. Neste sentido, vide FIBBE, G.K.; A.J.A. STEVENS, *op. cit.*, p. 164.

<sup>131</sup> O que também se poderá depreender do texto da norma, quando estabelece que “(...) a entidade híbrida é (...) tributada sobre o seu rendimento na medida em que esse rendimento não seja de outro modo tributado ao abrigo da legislação do Estado-Membro ou de qualquer outra jurisdição.”

<sup>132</sup> Em Portugal os rendimentos e os gastos são em regra imputáveis ao período de tributação no qual sejam obtidos ou suportados, o que corresponde ao pressuposto do acréscimo ou princípio da especialização. Ainda assim, são estabelecidas exceções a este princípio, como podemos ver no art.º 18.º do CIRC. Cfr. PIRES, Manuel; Rita CALÇADA PIRES, “*Direito Fiscal*”, 5ª ed., Almedina, 2016, pp. 393-396.

<sup>133</sup> Que neste respeito acolhem as recomendações do BEPS.

<sup>134</sup> LÜDICKE, Jürgen, “*‘Tax Arbitrage’ with Hybrid Entities: Challenges and Responses*”, 68 *Bulletin for International Taxation* 6/7, 2014, p. 310.

este efeito for seguido de um período fiscal no qual ocorra uma dupla inclusão dos respetivos rendimentos<sup>135</sup>. A aplicação das regras da diretiva a estes casos geraria somente uma situação de dupla tributação, pelo que consideramos que o legislador deverá fazer referência a estas situações no futuro artigo ou numa subsecção destinada às normas sobre híbridos.

A DAE trata especificamente destas diferenças temporais quanto a instrumentos financeiros híbridos. De acordo com a mesma, não se estará perante uma verdadeira assimetria (mas perante um caso de D/NI meramente temporário) quando seja razoavelmente expectável que o rendimento derivado do pagamento seja incluído na matéria coletável do contribuinte dentro de um prazo razoável.<sup>136</sup> Em alternativa, a diretiva exclui também a aplicação das normas anti-híbridos se for razoável concluir que o pagamento venha a ser incluído pela jurisdição do beneficiário num período de tributação futuro, sempre que as condições de pagamento forem as que seriam presumivelmente acordadas entre empresas independentes.<sup>137</sup>

Defendemos que à entidade pagadora seja atribuído o ónus de provar que o pagamento será reconhecido pela outra jurisdição, tal como recomendado pela OCDE.<sup>138</sup> Parece-nos que o contribuinte estará na melhor posição para reunir a documentação necessária a comprovar que o pagamento é tributado noutra jurisdição, não se verificando qualquer situação de D/NI definitiva.

Paralelamente, as discrepâncias relacionadas com o momento do reconhecimento de um determinado rendimento ou despesa não deverão constituir um obstáculo à aplicação das regras anti-híbridos da diretiva, sempre que o efeito da assimetria se encontre temporalmente diferido. Deverá proceder-se à aplicação das regras sobre assimetrias ainda que a dedução e não inclusão do rendimento ocorram em períodos de tributação distintos, ou que a DD ocorra de forma diferida. Nestes casos, o ajustamento estabelecido pela diretiva deverá também ser diferido para o momento no qual se consolidam os efeitos de DD ou de D/NI.<sup>139</sup> Defendemos a mesma solução para assimetrias temporárias que eventualmente se venham a converter em assimetrias definitivas. Poderá dar-se o caso, por exemplo, de o contribuinte conseguir provar que o pagamento será reconhecido noutra jurisdição, para depois acabar por não ser reconhecido num período razoável. Para evitar essa situação, propomos que a norma anti-

---

<sup>135</sup> Art.º 9.º n.º 1, §2, da DAE II.

<sup>136</sup> Art.º 2.º n.º 9, §1, alínea a) da DAE II. Entende-se por prazo razoável um prazo até 12 meses a contar do termo do período de tributação da entidade pagadora.

<sup>137</sup> O que corresponde ao princípio da plena concorrência, como expresso no considerando n.º 22 da DAE II.

<sup>138</sup> OCDE (2015), “*Neutralising the Effects...*”, p. 34; OCDE (2017), “*Neutralising the Effects of Branch...*”, p. 29.

<sup>139</sup> Considerando n.º 20 e 21 da DAE II.

híbridos se aplique no momento em que se consolide, de forma definitiva, o efeito de dupla não tributação (ainda que tudo indicasse tratar-se de uma mera assimetria temporária).

#### 4.2.3. O Problema da Retenção na Fonte

Com a DJR e a DMF, os mecanismos domésticos de RF passaram a aplicar-se a um conjunto residual de casos no seio da União Europeia. Apesar disso, a verdade é que não desapareceu por completo, sendo frequentemente aplicado por P3<sup>os</sup>.<sup>140</sup> Através da análise das soluções adotadas pela DAE percebemos, no entanto, que estas não têm em consideração esta forma de tributação, nos casos de relações entre EM ou entre EM e P3<sup>os</sup>.

O mecanismo de RF poderá, nalguns casos, impedir uma situação de dupla não tributação, ainda que o pagamento tenha sido efetivamente deduzido no EF. O facto de um pagamento ser dedutível no EF e de não ter sido incluído no ER não implica necessariamente uma situação de dupla não tributação, sempre que o EF tribute o rendimento à saída através do mecanismo da RF.<sup>141</sup>

A DAE não faz qualquer referência a este fenómeno. São-nos deixadas três opções: (i) deixar estes casos fora do âmbito de aplicação das regras da diretiva; (ii) aplicar as regras da diretiva e determinar que o EF conceda um crédito sobre o imposto pago na forma de RF ou (iii) aplicar as regras da diretiva tal como formuladas.<sup>142</sup>

Em nossa opinião com a aplicação da RF fica cumprido o principal objetivo da diretiva, tornando desnecessária a aplicação das regras anti-híbridos. O pagamento em causa fica sujeito a tributação pelo menos uma vez, no EF, pelo que não existirá qualquer situação de dupla não tributação a combater<sup>143</sup>. Apesar disto, temos consciência de que as taxas de RF são geralmente mais baixas dos que as aplicáveis na residência. Com esta tributação mais favorável, poderá suceder que os contribuintes consigam retirar uma vantagem fiscal de uma assimetria gerada por instrumentos financeiros híbridos, por exemplo. Ainda assim, o benefício que tiram da assimetria reduz-se significativamente com a aplicação de uma RF

---

<sup>140</sup> Sobre a admissibilidade do mecanismo da RF no seio da UE *vide* TJUE 13.07.2016, C-18/15, *BRISAL*, §22.

<sup>141</sup> COOPER, Graeme S., *op. cit.*, p. 340.

<sup>142</sup> Cfr. *ibid.*, p. 348.

<sup>143</sup> OCDE (2014), “*Comments received on...*”, pp. 82, 224, 384, 456.

por parte do EF.<sup>144</sup> Impor as regras da diretiva a estes cenários conduziria, pelo contrário, a uma situação de dupla tributação que o legislador doméstico não deverá ignorar.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> OCDE (2014), “*Comments received on...*”, pp. 47.

<sup>145</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 177, 396. Não nos parece que Portugal, enquanto ER, consiga eliminar completamente a vantagem das taxas reduzidas de RF. Tal só seria possível se se optasse por incluir um rendimento (como um dividendo, por exemplo), na matéria coletável da sociedade-mãe, concedendo um crédito sobre o imposto retido na fonte. No entanto, as normas sobre híbridos da DAE determinam que o ER só pode tributar o rendimento em aplicação da regra defensiva. A regra primária determina, como vimos, que deverá ser o EF a recusar a dedução. Parece-nos por isso que não seria possível coordenar esta solução com a própria dinâmica das normas da DAE.

## 5. Conclusões

- I. As assimetrias híbridas consistem na qualificação e tratamento distinto de uma mesma realidade por parte de dois ou mais Estados (face à ausência de harmonização dos sistemas fiscais a nível internacional e europeu). Podem revestir a forma de entidades híbridas, estabelecimentos estáveis híbridos, instrumentos financeiros híbridos, entidades com dupla residência fiscal e transações híbridas.
- II. As assimetrias podem originar situações de dupla tributação e de dupla não tributação internacional. Podem ainda dar lugar à mitigação do montante de imposto a pagar. Isso leva a que sejam exploradas no contexto de esquemas de planeamento fiscal (agressivo).
- III. Para fazer face a estes e outros expedientes similares, a OCDE desenvolveu o projeto BEPS, o qual consistiu na primeira tentativa de reação holística ao fenómeno da erosão da base tributável e da transferência de lucros. A ação 2 deste projeto dedicou-se às assimetrias híbridas, prevendo um conjunto de recomendações destinadas à sua eliminação.
- IV. A adoção unilateral e descoordenada de tais recomendações por parte dos EM poderia conduzir a um agravamento das disparidades no seio do mercado interno. Para evitar essa situação, é adotada a Diretiva Antielisão (“DAE I”) visando assegurar um nível de proteção mínimo dos sistemas fiscais nacionais contra práticas abusivas e elisivas no seio da UE. Tal como no BEPS, a DAE consagra regras destinadas à eliminação das assimetrias híbridas.
- V. Posteriormente, foi adotada uma alteração à DAE (a “DAE II”), dedicada não só a alargar o âmbito da diretiva às relações entre EM e países terceiros mas também a neutralizar outras modalidades de assimetrias. Esta alteração permitiu que se criasse um quadro jurídico coerente com o BEPS, o qual já abordava algumas dessas situações.

- VI.** As regras sobre assimetrias híbridas das DAE I e II aplicam-se às relações entre empresas associadas e ainda às resultantes de um entendimento estruturado. É certo que a maioria das assimetrias intencionais surgem no conteúdo de empresas relacionadas. No entanto, cremos ser correto alargar o âmbito de aplicação a outras situações que, não sendo entidades relacionadas, foram criadas com o propósito de obter uma vantagem fiscal.
- VII.** As normas anti-híbridos da DAE procuram neutralizar os efeitos gerados pelas assimetrias ao invés de eliminar os conflitos de qualificação a estas subjacentes. São ainda de aplicação automática e independente da intenção ou da motivação da transação.
- VIII.** Os principais efeitos de dupla não tributação que a DAE soluciona são os da DD e D/NI. A DD consiste na possibilidade de dedução de um mesmo custo na esfera de duas entidades distintas (normalmente situadas em países diferentes). A D/NI consiste na possibilidade de dedução um custo na esfera de uma entidade com sede num dado Estado, sem que opere a consequente inclusão do rendimento na esfera de uma outra entidade sediada num outro Estado.
- IX.** A DAE prevê regras primárias e defensivas. Enquanto que, nas relações entre EM, é natural que apenas se recorra à regra primária, o mesmo poderá não acontecer nas relações entre EM e países terceiros dado que estes últimos não se encontram vinculados à adoção das regras anti-híbridos da diretiva. Os EM deverão aplicar a regra defensiva sempre que o país terceiro não neutralize a situação de dupla não tributação através de uma norma anti-híbridos paralela à regra primária prevista na diretiva (neutralizando assim, de forma subsidiária, a assimetria).
- X.** Para os casos de DD, a DAE estabelece que deverá ser o Estado do investidor a recusar a dedução do custo (regra primária). Sempre que este não o faça, o Estado da origem do pagamento terá de recusar a dedução (regra defensiva).
- XI.** Para os casos de D/NI, a DAE estabelece que a dedução deve ser recusada no Estado no qual o pagamento teve origem (regra primária). Sempre que este não o faça, o

Estado da entidade que recebe o pagamento deverá determinar a inclusão do rendimento na matéria coletável do seu contribuinte (regra defensiva).

- XII.** Ainda assim, consideramos que alguns países terceiros poderão adotar normas anti-híbridos distintas das recomendadas, o que é suscetível de introduzir novas discrepâncias e conflitos de dupla tributação ou de dupla não tributação.
- XIII.** A DAE permite que os Estados optem por excluir do âmbito de aplicação da diretiva certas assimetrias geradas por instrumentos financeiros utilizados para o preenchimento dos requisitos relativos à capacidade de absorção de perdas e a transações *at arm's length*. Esta opção de exclusão é limitada no tempo, sendo aplicável até 31 de Dezembro de 2022.
- XIV.** O legislador português deverá consagrar tais exclusões. A primeira refere-se a operações do sector financeiro, o qual se trata de um sector particularmente sensível e controlado. Esta exclusão (que na verdade redundaria num período de transição) deve ser introduzida por razões de prudência, de forma a evitar que inúmeros contratos, celebrados a longo prazo, sejam repentinamente modificados. A segunda opção de exclusão deve ser acolhida dado que a DAE pretende combater situações abusivas, o que por regra não se verifica no caso de transações *at arm's length*.
- XV.** A DAE prevê ainda uma norma específica sobre entidades híbridas inversas. Estas deverão ser tratadas como opacas e residentes para efeitos fiscais, preenchidos certos requisitos (sendo os rendimentos tributados ao nível da entidade e não dos sócios). Consideramos que se trata de uma norma essencial, por exemplo por permitir eliminar as assimetrias geradas nas relações com os EUA, devido ao seu regime *check-the-box*.
- XVI.** A diretiva prevê também uma norma geral sobre EE híbridos que se aplica sempre que os rendimentos provenientes da atividade económica exercida por intermédio de um EE não sejam tributados no Estado no qual está situado nem sejam incluídos na matéria coletável da sociedade (sede), residente noutro Estado. Nestas situações, este último Estado deve determinar a inclusão dos rendimentos na matéria coletável da sociedade (sede).

- XVII.** Existem ainda os casos de redução do imposto retido na fonte. Tratam-se de situações em que duas entidades distintas reclamam um crédito sobre o mesmo imposto pago na forma de RF. A DAE determina que cada EM deve limitar o montante do crédito proporcionalmente aos rendimentos líquidos tributáveis que o contribuinte efetivamente recebe.
- XVIII.** A diretiva também soluciona casos de entidades com dupla residência fiscal. Nas relações entre EM e países terceiros, o EM deverá recusar a dedução salvo de o país terceiro já o tiver feito. Nas relações entre EM, o custo será dedutível no Estado ao qual a regra de desempate da CDT aplicável atribua competência. Uma vez que o critério de desempate da CMOCDE é o da direção efetiva, que se trata de um conceito com alguma indeterminação, consideramos que o critério de desempate se revela de difícil aplicação prática.
- XIX.** A DAE introduz ainda regras sobre assimetrias importadas, que têm como objetivo impedir que assimetrias híbridas criadas nas relações entre países terceiros produzam os seus efeitos na base tributável de um EM. Para estas situações, a diretiva estabelece que o EM deverá recusar a dedução do custo, sempre que o país terceiro não neutralize a assimetria.
- XX.** A DAE carece de implementação no ordenamento jurídico de cada um dos EM. As normas sobre assimetrias híbridas contêm comandos claros e precisos, pelo que consideramos que o legislador deverá reproduzir o texto da diretiva na íntegra.
- XXI.** O nosso art.º 51.º CIRC contém uma norma destinada a neutralizar os efeitos de assimetrias geradas por instrumentos financeiros híbridos, que resulta da transposição da alteração à DMF. Contrariamente à regra primária da DAE, esta determina que o regime de isenção conferido pela DMF deve ser negado sempre que a distribuição de lucros tenha sido deduzido como gasto no EF. Consideramos que a norma da DMF (atualmente transposta para o art. 51.º n.º 10 alínea a) CIRC) se trata de norma especial face à regra geral contida na DAE. O legislador português deveria clarificar a articulação entre estes dois dispositivos aquando da implementação da DAE.

- XXII.** O art.º 67.º CIRC limita a dedutibilidade de juros para efeitos de apuramento do lucro tributável. Tal regra deve ter em consideração a totalidade dos gastos efetivamente dedutíveis, depois de as normas sobre híbridos terem sido aplicadas (e de, por exemplo, se ter afastado a dedutibilidade de determinados pagamentos). Propomos por isso que se dê prioridade às regras anti-híbridos da DAE e que tal seja clarificado pelo legislador.
- XXIII.** As regras SEC são normalmente suscetíveis de eliminar qualquer efeito de dupla não tributação, por imputarem o lucro de empresas não residentes à esfera dos sócios residentes. Em nosso entender, as regras sobre assimetrias apenas devem ser aplicadas quando as regras SEC não sejam suscetíveis de impedir uma situação de dupla não tributação.
- XXIV.** O momento do reconhecimento, para efeitos fiscais, de um determinado rendimento ou despesa pode diferir consoante o ordenamento jurídico. O legislador deverá ter em atenção o facto de as regras da DAE incidirem apenas sobre assimetrias permanentes, e não sobre assimetrias com efeito meramente temporário. Por outro lado, o legislador também não deverá ignorar assimetrias cujo efeito se encontre diferido no tempo.
- XXV.** A DAE não faz qualquer referência à articulação das suas normas com o mecanismo da RF. Consideramos que a RF é suscetível de eliminar uma situação de dupla não tributação, sempre que o pagamento em questão seja submetido a retenção no EF. Propomos que as regras sobre híbridos não se apliquem a estas situações, por o principal objetivo da DAE se encontrar cumprido.

# Bibliografia

## I – Livros e artigos

### A

ALTMAN, Z. Daniel, “*Cross-Border Tax Arbitrage*”, 66 Bulletin for International Taxation 9, 2012.

ANTUNES, José Engrácia, “*Instrumentos Financeiros*”, 2ª edição, Almedina 2014.

ARNOLD, Brian J., “*Fearful Symmetry: The Attribution of profits ‘in each contracting state’*”, 61 Bulletin For International Taxation 8, 2007.

ARNOLD, Brian J.; Michael J., MCINTYRE, “*International Tax Primer*”, 2ª ed., Kluwer Law International, 2002.

AVERY JONES, J., *et al*, “*Characterization of Other State’s Partnerships for Income Tax*”, 56 Bulletin for International Taxation 7, 2002

AVI-YONAH, Reuven S., “*Tax competition, tax arbitrage, and the international tax regime*”, 61 Bulletin for International Taxation 4, 2007.

### B

BARSH, Sven-Eric; Christoph, SPENGLER, “*Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice*”, 67 Bulletin for International Taxation 10, 2013.

BILANEY, Sunny; “*Benchmarking Approaches for Compulsorily Convertible Debentures*”, 19 Derivatives & Financial Instruments 4, 2017.

BISPO, Rafael Mibervino, “*Cross-border intra-group hybrid finance: a comparative analysis of the legal approach adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States*”, 67 Bulletin for International Taxation 7, 2013.

BLOUIN, Jennifer, *et al*, “*Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*”, IMF Working Paper, 2014.

BUNDGAARD, Jakob, “*Coordination rules as weapon in the war against cross-border tax arbitrage – the case of hybrid entities and hybrid financial instruments*”, 67 Bulletin for international Taxation 4/5, 2013.

-----, “*Classification And Treatment Of Hybrid Financial Instruments And Income Derived Therefrom Under EU Corporate Tax Directives – Part I*”, 50 European Taxation 1, 2010.

-----. “*Classification And Treatment Of Hybrid Financial Instruments And Income Derived Therefrom Under EU Corporate Tax Directives – Part 2*”, 50 *European Taxation* 11, 2010.

-----. “*Cross-Border Tax Arbitrage Using Inbound Hybrid Financial Instruments Curbed In Denmark By Unilateral Reclassification Of Debt Into Equity*”, 62 *Bulletin for international Taxation* 1, 2008.

## C

COOPER, Graeme S., “*Some Thoughts on the OECD’s Recommendations on Hybrid Mismatches*”, 69 *Bulletin for International Taxation* 6/7 , 2015.

CORREIA, Miguel, “*Taxation of Corporate Groups*”, 43 *Series on International Taxation*, Kluwer Law International, 2013.

COURINHA, Gustavo Lopes, “*A Residência no Direito Internacional Fiscal: do Abuso Subjetivo de Convenções*”, 1ª edição, Almedina, 2015.

CUSSONS, Peter, “*Corporate loss utilization through aggressive tax planing*”, 19 *International Transfer Pricing Journal* 2, 2012.

## D

DE BOER, Reinout; Otto MARRES, “*BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*”, 43 *Intertax* 1, 2015.

DINIS, José Pedro, “*O Critério da Direção Efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*”, Tese de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, 2011.

DOCCLO, Caroline, “*The European Union’s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States’ Disparate Tax Legislations*”, 71 *Bulletin For International Taxation* 7, 2017.

DZIURDZ, Kasper, “*‘Circularly linked’ rules countering deduction and non-inclusion schemes: some thoughts on a tie-breaker test*”, 67 *Bulletin For International Taxation* 6, 2013.

## E

EBERHARTINGER, Eva; Martin, SIX , “*Taxation of Cross Border Hybrid finance. A Legal Analysis*”, 37 *Intertax* 1, 2009.

EBERHARTINGER, Eva, *et al.*, “*Cross-border intra-group hybrid finance and international taxation*”, 33. SFB International Tax Coordination, WU Vienna University of Economics and Business, Vienna, 2010.

EMMERICH, Adam O., “*Hybrid instruments and the debt-equity distinction in Corporate Taxation*”, 52 *University of Chicago Law Review* 1, 1985.

EVERAERT, Gerard Julius Oliveira, “*Dedução/não inclusão com hybrid mismatches: game over?*”, Tese de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014.

## **F**

FIBBE G.K.; A.J.A Stevens, “*Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*”, 26 *EC Tax Review* 3, 2017.

FREITAS PEREIRA, “*Fiscalidade*”, 5ª edição, Almedina, 2014.

## **G**

GAJEWSKI, Dominik, “*The role of hybrid instruments in the implementation of Business Tax Policy*”, 6 *Contemporary Economics* 2, 2012.

GELDER, Gabriel Van; Boudewijn NIELS, “*Tax Treatment of Hybrid Finance Instruments*”, 15 *Derivatives & financial instruments* 4, 2013.

GUNDISCH, Stephan, “*Solving conflicts of qualification by analogous application of tax treaties*”, 59 *Bulletin for International Taxation* 10, 2005.

## **H**

HELMINEN, Marjaana, “*Classification of Cross-border payments on hybrid instruments*”, 58 *Bulletin for International Taxation* 2, 2004.

## **J**

JANSEN, Emily; Edwin Van KASTEREN, “*Hybrid Financial Instruments*”, 10 *Derivatives & Financial Instruments* 5, 2008.

## K

KRAHMAL, Andriy, “*International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*”, 5 Houston Business and Tax Law Journal, 2005.

KUZNIACKI, Blazej, *et al*, “*Preventing Tax arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries*”, 03 Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 2017.

## L

LANG, Michael *et al.*, “*CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*”, EUCOTAX, 8 Series on European Taxation, Kluwer Law International, 2004.

LINDQVIST, Sanna, “*Recharacterising transactions – a global trend?*”, consultado em: <http://www.taxand.com/taxands-take/news/recharacterising-transactions-%E2%80%93-global-trend>, em 16/07/2017.

LÜDICKE, Jürgen, “*‘Tax Arbitrage’ with Hybrid Entities: Challenges and Responses*”, 68 Bulletin for International Taxation, 6/7, 2014.

## M

MARCHGRABER, Christoph, “*Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission*”, 54 European Taxation 4, 2014.

MATEO, Jarrin, “*New EU Rules on Multinational Companies & Tax Avoidance*”, consultado em <https://taxlinked.net/blog/march-2017/eu-rules-on-multinational-companies-tax-avoidance>, em 01/03/2017.

MENESES, Álvaro Silveira de, “*‘Hybrid mismatch arrangements’ e a influência da tributação na decisão de financiamento: os velhos problemas e as novas soluções*”, Revista de Direito das Sociedades, Coimbra, 2016.

MORAIS, Rui Duarte, “*Apontamentos ao IRC*”, Almedina, 2009.

## N

NABAIS, Casalta, “*Direito Fiscal*”, 5ª edição, Almedina, 2009.

## P

PAIS, Sofia Oliveira, “*Estudos de Direito da União Europeia*”, Almedina, 2012.

PETERS, Joseph, “*Netherlands: The Use of Hybrid Legal Entities in International Tax Reduction Strategies, Part III*”, consultado em: <http://www.mondaq.com/x/117432/Corporate+Tax/The+Use+of+Hybrid+Legal+Entities+in+International+Tax+Reduction+Strategies+Part+III>, em 08/08/2017.

PIRES, Manuel; Rita CALÇADA PIRES, “*Direito Fiscal*”, 5ª edição, Almedina, 2016.

POPA, Oana; “*Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level*”, 57 *European Taxation* 9, 2017.

PRATS, Francisco Alfredo García, “*Qualification of hybrid financial instruments in tax Treaties*”, 3 *Diritto e pratica tributaria internazionale* 3, 2011.

## R

RING, Diane M., “*One nation among many: policy implications of cross-border tax arbitrage*”, 44 *Boston College Law Review*, 2002.

ROSEMBUJ, Tulio, “*International Tax Arbitrage*”, 39 *Intertax* 4, 2011.

RUSSO, Raffaele, “*The OECD Report On Hybrid Mismatch Arrangements*”, 67 *Bulletin For International Taxation* 2, 2012.

-----, “*Fundamentals of International Tax Planning*”, 1.ª edição, Amsterdão: IBFD, 2007.

## S

SANCHES, Saldanha, “*Manual de Direito Fiscal*”, 2ª edição, Coimbra Editora, 2002.

SANTOS, Ramon Tomazela, “*International/OECD/Brazil - Tax Treaty Qualification Of Income Derived From Hybrid Financial Instruments*”, 67 *Bulletin for International Taxation* 10, 2013.

SAUNDERS, Roy, “*International Tax Systems and Planning Techniques*”, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011.

SHAVIRO, Daniel, “*Money On The Table?: Responding To Cross-Border Tax Arbitrage*”, 3 *Chicago Journal of Intenational Law* 2, 2002.

SILVA, Vítor Manuel Loureiro e, “*Assimetrias e disparidades – a utilização de entidades híbridas e instrumentos financeiros híbridos no planeamento fiscal Internacional*”, Tese de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014.

SIX, Martin, “*Hybrid Finance And Double Taxation Treaties*”, 63 *Bulletin For International Taxation* 1, 2009.

-----. *“Hybrid Finance In The Double Tax Treaties”*, 21 Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 2007.

## **T**

TEIXEIRA, Glória, *“Manual de Direito Fiscal”*, 4ª edição, Almedina, 2016.

## **V**

VOGLER GUINÉ, Orlando, *“Financiamento das sociedades por meio e valores mobiliários híbridos: entre as ações e as obrigações”*, Congresso, Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011.

## **W**

WIDERMANN-ONDREJ, Nadine, *“Hybrid instruments and the indirect credit method – does it work?”*, SFB International Tax Coordination Discussion Paper No. 19, 2007.

## **X**

XAVIER, Alberto, *“Direito Tributário Internacional”*, 2ª edição, Almedina, 2009.

## II – Documentos de organizações internacionais

Comissão Europeia, “*Combating tax fraud and evasion, commission contribution to the European Council of 22 May 2013*”. [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_en.pdf).

----- “*Commission Staff Working paper document, impact assessment accompanying the communication from the commission to the European Parliament and the Council – an action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*”, 06/12/2012.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52012SC0403>.

----- “*Communication from the commission to the european parliament and the council – an action to strenghten the fight against tax fraud and tax evasion*”, de 06/12/2012. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0722&from=EN>.

----- “*Recomendação da Comissão de 6 de Dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo*”. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012H0772&from=PT>.

----- “*Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases*”, de 05/07/2012. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/double\\_non\\_tax/summary\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/summary_report.pdf).

----- “*The internal market: factual examples of double non-taxation cases - Staff working paper*”, de 29/02/2012.

[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/double\\_non\\_tax/consultation\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/consultation_paper_en.pdf).

----- “*Press Release: State aid: Commission opens formal investigation into Luxembourg’s tax treatment of McDonald’s*”, de 03/12/2015.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6221\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6221_en.htm)

Conselho da União Europeia, “*Press Release: 3238th Council meeting*”, de 14/05/2012. [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ecofin/137122.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137122.pdf).

----- Press Release 11647/15, de 8/07/2014.

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011647%202014%20INIT>.

OCDE (2012), “*Hybrid Mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*”, OECD Publishing.

[http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf).

----- (2013), “*Action Plan on Base Erosion and profit shifting*”, OECD Publishing.

<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.

----- (2013), “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*,” OECD Publishing.

[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/Addressing\\_Base\\_Erosion\\_and\\_Profit\\_Shifting\\_BEPS.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/Addressing_Base_Erosion_and_Profit_Shifting_BEPS.pdf).

----- (2013), “*Aggressive Tax planning based on After-tax hedging*”, OECD Publishing.

[https://www.oecd.org/tax/aggressive/after\\_tax\\_hedging\\_report.pdf](https://www.oecd.org/tax/aggressive/after_tax_hedging_report.pdf).

----- (2014), “*Comments received on Public Discussion Drafts – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”, OECD Publishing.

<http://www.oecd.org/tax/aggressive/comments-action-2-hybrid-mismatch-arrangements.pdf>.

----- (2015), “*Neutralising the Effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://www.transferpricing.com/pdf/Action%202%20-%202015%20Final.pdf>.

----- (2016), “*Public Discussion Draft – BEPS Action 2 Branch Mismatch Structures*”, OECD Publishing.

<http://www.oecd.org/tax/beps/Discussion-draft-Action-2-Branch-mismatch-structures.pdf>.

----- (2017), “*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2317071e.pdf?expires=1501602956&id=id&accname=guest&checksum=BE587BB3855500F1ACDDB9946EB5BD5F>

Parlamento Europeu, “*Report on fight against tax fraud, tax evasion and tax havens*”, de 03/05/2013.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0162+0+DOC+XML+V0//EN>.