



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**Compatibilidade das normas que combatem as assimetrias híbridas
com o sistema tributário português**

Pedro José Albuquerque Neves | aluno n.º 142720037
Sob orientação do Professor Doutor Bruno da Silva
Mestrado em Direito Fiscal

Lisboa, 2022

Resumo

A presente teste, intitulada por “[c]ompatibilidade das normas que combatem as assimetrias híbridas com o sistema tributário português” propõe-se a analisar a compatibilidade das normas que combatem a exploração de assimetrias híbridas com o sistema tributário português. Em termos estruturais a introdução ao tema será efetuado pela explicitação do conceito de assimetria híbrida, identificando-se as diferentes modalidades e os diferentes tipos de efeitos que a ocorrem com a exploração destas.

No seguimento lógico da investigação será explicitada a origem das normas adotadas no seguimento das recomendações da Ação 2 do Plano BEPS e a forma como estas deram origem à Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do Mercado Interno, denominada na prática como ATAD I. Neste âmbito iremos proceder a análise também da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que alterou a Diretiva (UE) 2016/1164 no que diz respeito à interação e combate à exploração de assimetrias híbridas com países terceiros, ATAD II.

Por sua vez irá proceder-se à qualificação e análise breve do sistema tributário português, com especial ênfase nos princípios constitucionais da igualdade e capacidade contributiva.

Tratando-se de normas que ingerem na esfera do contribuinte, impossibilitando a dedução de um determinado gasto ou incluindo um determinado rendimento que, sem a aplicação destas normas, estaria isento ou excluído da base tributável, é imprescindível a confrontação com aqueles que são os princípios constitucionais core do sistema tributário português.

Por fim será apresentada uma conclusão que irá conjugar tudo o que foi exposto durante a realização e exposição desta investigação.

Palavras-Chave: Assimetrias híbridas, princípio da igualdade, princípio da capacidade contributiva, sistema tributário português, BEPS, planeamento fiscal agressivo.

Abstract

The present research is aimed to analyze the compatibility of the rules that neutralize the hybrid mismatches arrangements with the Portuguese Tax System. It will be explained the concept of hybrid mismatch, identifying the different types of hybrid mismatches and the different types of effects that occur under the exploitation of hybrid mismatches arrangements.

For logical purposes, it will be explained the origin of the rules: as recommendations of Action 2 of the BEPS Plan and how they were adopted by the European Commission: through the Council Directive (EU) 2016/1164 of July 12, 2016, which sets out the rules against tax avoidance practices that have a direct impact on the functioning of the Internal Market, known in practice as ATAD I. In this context, it will be analyzed the Council Directive (EU) 2017/952 of May 29, 2017, which amended Directive (EU) 2016/1164 with respect to interaction and combating the exploitation of hybrid mismatches with third countries, known in practice as ATAD II.

It will be followed by a brief analysis of the Portuguese Tax System, with special emphasis on the constitutional principles of equality (non-discrimination) and ability to pay.

Since the rules that fight hybrid mismatch arrangements interfere with the taxpayer's ability to deduct a certain expense or include a certain income that, without the application of these rules, would be exempt or excluded from the taxable base, it is essential to confront them with those that are the main constitutional principles of the Portuguese Tax System.

Finally, a conclusion will be presented that will combine all that has been exposed during this research.

Key Words: Hybrid Mismatch; Non-discrimination principle; Ability to pay principle; Portuguese Tax System, BEPS, aggressive tax planning.

Índice

Resumo	3
Abstract.....	5
Índice	7
Índice de figuras	9
Lista de Siglas e Abreviaturas	10
1. Introdução.....	11
1.1. Nota introdutória.....	11
1.2. Objetivos da Investigação	13
1.3. Contextualização.....	14
2. Assimetrias híbridas.	16
2.1. Considerações gerais.....	16
2.2. Efeitos de assimetrias híbridas.....	18
2.3. Prática das assimetrias híbridas e os seus efeitos.	19
2.4. Instrumento financeiro híbrido - D/N.	19
2.5. Entidade Híbrida - DD	20
2.5.1. Entidade Híbrida – D/N	22
2.6. Entidade com dupla residência para efeitos fiscais – DD.....	23
3. Diretiva Anti Elisão.....	24
3.1. Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.....	24
3.2. Problemática europeia.....	25
4. O sistema tributário português	27
5. Igualdade Fiscal.....	28
5.1. História e desenvolvimentos práticos	28
5.2. Princípio da Capacidade Contributiva	30
5.2.1. Tributação do rendimento real das empresas.....	33
5.3. A coerência interna e a aplicação de normas anti híbridos.....	34
6. Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.....	35
6.1. Transposição da Diretiva (UE) 2016/1164	37

6.2. As normas em concreto.....	38
7. Compatibilidade das normas anti híbridos e o sistema tributário português.....	40
7.1. Compatibilidade da regra primária com o sistema jurídico português	40
7.1.1. Estrutura da regra primária	40
7.1.2. Princípio da capacidade contributiva na regra primária.	41
7.1.3. Princípio da igualdade na regra primária	46
7.1.3.1. Igualdade na regra primária que combate as assimetrias híbridas.....	46
7.1.3.2. Proporcionalidade da regra primária	52
7.2. Compatibilidade da regra secundária com o sistema jurídico português.....	55
7.2.1. Estrutura da regra secundária.....	55
7.2.2. O princípio da capacidade contributiva na regra secundária	56
7.2.3. O princípio da igualdade na regra secundária.....	58
7.2.3.1. Proporcionalidade da regra secundária.....	62
8. Conclusão	63
Bibliografia.....	65
Documentos da OCDE:	66

Índice de figuras

Figura 1: Dedução sem inclusão - Instrumento financeiro.....	20
Figura 2: Dupla dedução - Entidade híbrida.....	21
Figura 3: Dedução sem inclusão - Entidade híbrida.....	22
Figura 4: Dupla dedução - Entidade com dupla residência fiscal	23
Figura 5: Exploração de assimetrias híbridas mesma jurisdição.....	50
Figura 6: Exploração de assimetria híbrida internacional e nacional.....	51
Figura 7: Exploração de assimetria híbrida dentro da mesma jurisdição	60
Figura 8: Exploração de assimetria híbrida em jurisdições distintas	61

Lista de Siglas e Abreviaturas

ART: Artigo

AT: Autoridade Tributaria e Aduaneira

BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting*

CDT: Convenção de Dupla Tributação

DAE: Diretiva Antielisão

CIRC: Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CMOCDE: Convenção Modelo da OCDE

DD: Dupla Dedução

DUE: Direito da União Europeia

D/NI: Dedução/Não inclusão

EE: Estabelecimento Estável

IRC: Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Economico

RETGS: Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades

RF: Retenção na Fonte

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

EU: União Europeia

1. Introdução

1.1. Nota introdutória

A redução da fatura fiscal no seio dos grandes grupos multinacionais com recurso a entidades e instrumentos híbridos tem sido alvo da luta da OCDE e da Comissão da União Europeia, tendo início na Ação 2 do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) e culminando na Diretiva (UE) 2016/1164, alterada pela Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017, transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 24/2020.

As assimetrias híbridas representam um tema complexo, a nível internacional e interno, uma vez que para o seu combate são necessárias interações entre várias ordens jurídicas, e todas numa base jurídico-económica harmonizada, o que na maioria das vezes tende a ser complicado.

A exploração de assimetrias híbridas configura um ato abusivo e passível de distorcer a livre concorrência, que pode resultar uma dupla dedução de determinado gasto ou uma dedução sem inclusão, no cálculo do rendimento tributável de dois ou mais sujeitos passivos na mesma ou em diferentes ordens jurídicas.

A Diretiva supramencionada e respetiva legislação interna transposta preveem, consoante os casos, regras que determinam a proibição da dedução de determinado gasto e/ou a não inclusão de determinado rendimento no cálculo do rendimento tributável.

O Direito da União Europeia tende a prevalecer sobre o Direito Interno Português, “*com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático*”.

O Princípio da Igualdade é um princípio estruturante do Estado de Direito, concretizado no Direito Fiscal pelo princípio da capacidade contributiva, que tem como corolário na tributação do rendimento das pessoas coletivas (IRC), a tributação do rendimento líquido, de onde resulta a dedução ao rendimento tributável, das despesas necessárias à angariação do próprio rendimento.

A presente tese defende, em virtude do acima exposto, o combate à exploração abusiva de assimetrias híbridas, pretendendo-se, no entanto, estudar de forma exaustiva a compatibilidade das normas anti elisão nesta matéria com o Princípio da Igualdade,

estruturante do Estado de Direito Democrático, concretizado pelo Princípio da Capacidade Contributiva na ordem fiscal.

1.2. Objetivos da Investigação

Através da presente investigação, propomo-nos a analisar exaustivamente e de forma detalhada a transposição para o ordenamento português das regras que combatem as assimetrias híbridas previstas na Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, realizada através da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho de 2020.

No âmbito desta investigação, proceder-se-á à análise das referidas normas tendo em conta o princípio da igualdade numa vertente negativa e capacidade contributiva, constitucionalmente previstos.

Em primeira linha, procedemos à introdução e delimitação do escopo da presente análise, no capítulo 2 procede-se à definição de assimetrias híbridas, modalidades e efeitos que estas podem assumir, ao passo que no capítulo 3, 4 e 5 procede-se à explicação e evolução da Diretiva anti elisão até aos dias de hoje bem como os seus objetivos, procedendo-se ainda a uma breve introdução ao sistema tributário nacional.

Por sua vez o último capítulo, servirá para analisar a compatibilidade das normas que combatem as assimetrias híbridas com o sistema tributário português.

Quer isto dizer que numa primeira fase procedeu-se a considerações gerais, nomeadamente ao enquadramento jurídico em causa, às definições que lhe são subjacentes e entendimento jurisprudencial, nacional e europeu, sobre o assunto.

Numa segunda fase, confrontaremos as regras que se encontram em vigor com aquilo que é a concretização dos princípios *sob judice* de forma a tecermos as considerações finais acerca da investigação.

1.3. Contextualização

O mundo nos últimos anos transformou-se, a globalização e as liberdades fundamentais permitiram aos contribuintes, quer pessoas singulares ou coletivas, estabelecer-se em diversos locais, na sua maioria sempre com alguma vantagem fiscal associada.

Com isto, a estrutura e organização de grupos internacionais tornou-se mais arrojada e sofisticada, permitindo o aproveitamento por parte destes das diferenças fiscais de vários ordenamentos jurídicos, em particular, a exploração das diferentes qualificações de rendimentos e despesas de forma a reduzir a fatura fiscal consolidada, isto é, a nível geral do grupo e não relativo a uma entidade apenas.

Este tipo de comportamentos criou complicações a nível de política fiscal dentro da União uma vez que a desarmonização que existe entre os diferentes Estados-Membros potencializou esta habilidosa erosão de base tributável.

Como efeito potencializador deste tipo de práticas *infra* podemos indicar o facto de não existir um regime tributários internacional em tributação direta¹.

Como teremos oportunidade de esclarecer *infra*, a exploração de assimetrias híbridas, regra geral tem como principal objetivo e/ou consequência, uma dupla dedução ou uma dedução sem inclusão, criando assim, diversas distorções económicas.

A OCDE, ainda antes do Plano BEPS², tinha alertado em diversos “reports” para os problemas associados à exploração de assimetrias híbridas, nomeadamente através do: *Addressing Tax Risk Involving Bank Losses* (2010), que estuda os casos em que diversas políticas adotadas por entidades bancárias permitia deduzir um “gasto” em diversas jurisdições³. Também no *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning* (2011) a OCDE recomendou a diversos países começarem a considerar a introdução de

¹ Neste âmbito não será abordado a existência ou não de um regime de normas e princípios de Direito Tributário Internacional, em particular por referência a dois princípios “single tax principle” segundo o qual um determinado rendimento apenas deveria ser tributado uma vez e “benefits principle” no qual se defende que um rendimento ativo deveria ser tributado no Estado da Fonte enquanto que um rendimento passivo deveria ser tributado em regra pelo Estado da residência, o que determinaria a inutilidade das normas que combatem assimetrias híbridas. Para mais desenvolvimentos sobre o tema: AVI-YONAH, Reuven, *International Tax as International Law*, New York, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-4.

² As ações decorrentes do BEPS podem ser consultadas em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>

³ Pode ser consultado em: <https://www.oecd.org/tax/aggressive/46023583.pdf>

restrições e/ou medidas que impedissem a utilização de um gasto, e correspondente dedução, em várias jurisdições distintas.

No âmbito do Plano BEPS, a 16 de setembro de 2014, a OCDE publica o relatório relativo à ação 2, que tem como principal objetivo neutralizar o impacto fiscal que resulta da exploração de assimetrias híbridas.

O Conselho da União Europeia atento as recomendações⁴ propostas pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento aprovou a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016 que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

Para esta investigação é relevante o artigo 9.º da Diretiva *supra* mencionada, chamando a atenção para o facto de esta ter sido alterada pela Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017 que procedeu a uma reformulação do artigo 9.º, tendo concretizado o *framework* relativo a este regime.

Portugal transpôs parcialmente a Diretiva (UE) 2016/1164, em concreto o regime que aqui importa analisar – artigo 9.º -, através da Lei n.º 24/2020 de 6 de julho, tendo aditado ao Código de Imposto sobre Pessoas Coletivas (“**CIRC**”) a Subsecção I-A com epígrafe “Regras destinadas a neutralizar os efeitos de assimetrias híbridas”, compreendendo os artigos, 68.º-A, 68.º-B, 68.º-C e 68.º-D.

Como teremos oportunidade de analisar, a transposição envolveu uma cópia do regime previsto na Diretiva sem qualquer tipo de adaptação. Não é objetivo da presente investigação tecer críticas a política fiscal adotada pelo Estado Português, mas sim analisar até que ponto serão estas compatíveis com o atual sistema tributário português.

⁴ Recomendações dirigidas aos Acordos de dupla tributação – *cfr.* OECD *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 Final Report* (2015).

2. Assimetrias híbridas.

2.1. Considerações gerais.

A globalização relevou, desde cedo, as lacunas dos sistemas fiscais internos e externos dos diferentes Estados, nomeadamente, através do fenómeno da dupla tributação. Historicamente existem dois critérios de conexão que dão origem a factos tributáveis sobre o qual incidem, tipicamente, os impostos sobre o rendimento, são eles a relação que o contribuinte tem com o determinado estado – critério residência ou nacionalidade -, e a relação que o rendimento tem com o Estado – critério da fonte.

O princípio da residência sempre se assumiu como o princípio com mais força no direito tributário por resultar do laço forte entre o contribuinte e o Estado onde reside, atribuindo a esse mesmo Estado o poder de tributar todos e quaisquer rendimentos auferidos pelos seus residentes, quer os obtidos no seu território ou fora deste – **Worldwide income principle**⁵.

Por sua vez, o princípio da tributação no Estado da fonte atribui a competência para tributar através da localização da atividade ou do investimento onde o rendimento é produzido, ou seja, a origem dos recursos que originam o rendimento auferido pelo respetivo beneficiário⁶.

De acordo com estes, é natural que um determinado Estado onde são desenvolvidas atividades de extração mineral disponha do poder de tributar os rendimentos que daí advém uma vez que o solo cuja exploração incide é parte integrante daquele Estado. Contudo, assumindo que se trata de uma contribuinte não nacional e residente num outro Estado, de acordo com os critérios *supra* explicitados, ambos os Estados terão o poder de tributar tal rendimento, sobrecarregando o contribuinte com uma pesada carga tributária sobre o rendimento derivado daquela exploração – denominada **dupla tributação**.

Historicamente, ainda que haja quem entenda que este problema já existira em tempos distantes, ano V A.C⁷, a verdade os primeiros acordos para evitar a dupla tributação

⁵ Análise detalhada deste princípio em: Roy Rohatgi, *On International Taxation*, Volume 1: Principles, p. 20 e ss.

⁶ Alberto xavier, *Direito Tributário Internacionak*, 2.ª edição, pp. 226 e ss.

⁷ “The very beginning – The first tax treaties” in THOMAS ECKER / GERNOT RESSLER (Eds.), *History of Tax Treaties – The relevance of the OECD Documents for the Interpretation of Tax Treaties* (Vienna: 2011), P. 21

apenas foram celebrados no século XX. O papel que a OCDE assumiu neste âmbito é de extrema importância e em 1963 foi divulgado ao mundo a primeira Convenção Modelo⁸, que conjuntamente com a Convenção Modelo da Nações Unidas⁹ foram, e são nos dias de hoje, o ponto de partida de qualquer Convenção/Acordo de Dupla Tributação celebrados entre os diversos Estados.

O problema que aqui estudamos é inverso à dupla tributação do rendimento e bem mais complexo, trata-se da dupla não tributação de determinados rendimentos através de mecanismos complexos, denominados assimetrias híbridas.

As assimetrias híbridas consubstanciam arranjos artificiais que exploram diferenças de tratamento fiscal entre dois ou mais países e tem como principal objetivo a redução da fatura fiscal final, a nível do grupo ou estrutura societária.

Da análise da Diretiva podemos retirar que existem diversos instrumentos suscetíveis de criarem assimetrias híbridas:

- a) Instrumento financeiro híbrido;
- b) Entidade híbrida;
- c) Entidade com dupla residência para efeitos fiscais;
- d) Transações Híbridas;
- e) Estabelecimentos Estáveis híbridos;

A ATAD define instrumento híbrido¹⁰ como *“qualquer instrumento, na medida em que dê origem a um retorno de financiamento ou de capital que seja tributado segundo as regras de tributação de dívida, de capital ou de derivados ao abrigo da legislação do beneficiário ou da jurisdição do ordenante e que inclua uma transferência híbrida”*

Por sua vez estamos perante uma entidade híbrida quando esta seja considerada como entidade tributável ao abrigo de uma jurisdição e cujos rendimentos ou despesas sejam

⁸ Foi alvo de sucessivas revisões em 1977, 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2010 e 2017.

⁹ Publicada em 1980, a Convenção Modelo das Nações Unidas e surge como uma resposta às várias críticas feitas pelos países menos desenvolvidos ao Modelo OCDE que, segundo estes, “embora adequado aos interesses recíprocos dos países industrializados, já se não ajustava às características de desigualdade de nível de progresso económico nas relações entre o mundo industrializado e os países menos desenvolvidos” *cfr.* ALBERTO XAVIER, Direito Tributário Internacional, 2.ª edição, p. 101.

¹⁰ Para melhor compreensão do conceito de instrumento híbrido veja-se o referido por JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, in *Instrumentos Financeiros*, Almedina, 2.ª edição, pp. 7 e ss: “[c]onjunto 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 da empresa”.

tratados como rendimentos ou despesas de uma ou várias outras pessoas ao abrigo da legislação de outra jurisdição¹¹. Por outras palavras, uma entidade que seja considerada como transparente num ordenamento jurídico e por isto veja a tributação dos seus rendimentos ser efetuada na esfera dos seus acionistas ao passo que numa outra jurisdição são tidas como entidades opacas e como tal vejam os seus rendimentos ser tributados na sua esfera (entidade)¹².

Estaremos perante entidades com dupla residência fiscal quando por força dos diversos critérios de residência no caso de entidades coletivas, critério da sede estatutária e o critério da direção efetiva, estamos perante uma entidade residente num Estado A por força da sua sede estatutária aí se situar e residente num Estado B uma vez que é aí que se realiza a direção efetiva daquela entidade.

As transações híbridas são transações que ao abrigo de diferentes conceções do negócio em causa de vários Estados permitem que este negócio seja qualificado de forma diferente naqueles Estados.

A Diretiva anti elisão veio ampliar o leque previsto na Ação 2 do BEPS com a adição de estabelecimentos estáveis híbridos. Na verdade, ainda que o conceito de estabelecimento estável esteja minimamente balizado pelo artigo e comentários ao artigo 5.º da Convenção Modelo da OCDE, a verdade é que podem surgir qualificações jurídicas diferentes, muito por causa de entidade híbridas, ou seja, a sua qualificação como transparente num Estado e como opaca num outro Estado, que por sua vez o tratamento fiscal do Estabelecimento Estável é associado e decorre do tratamento da entidade em causa.

2.2. Efeitos de assimetrias híbridas.

O resultado da exploração de uma assimetria híbrida é, claro, uma vantagem fiscal. Esta vantagem surge através da verificação de um dos seguintes resultados:

- a) Dupla Dedução (“DD”): Caso em que o resultado da exploração de uma assimetria híbrida culmina numa dedução de um gasto originário contratualmente em dois Estados diferentes;

¹¹ *Cfr.* artigo n.º 2 da ATAD.

- b) Dedução sem Inclusão (“D/N”): Resultado da exploração de uma assimetria híbrida culmina na dedução de um gasto originário contratualmente, regra geral, juros, num determinado Estado Membro sem que o correlativo rendimento originado por esse pagamento seja incluído para efeitos tributáveis num outro qualquer Estado;
- c) Crédito de imposto estrangeiro: Resultado da exploração de uma assimetria híbrida culmina na atribuição de um crédito por imposto estrangeiro que, sem o recurso a esta exploração, não existiria ou seria em valor inferior.

2.3. Prática das assimetrias híbridas e os seus efeitos.

Os exemplos identificados no próximo subcapítulo irão demonstrar o funcionamento da exploração de assimetrias híbridas e exemplificar alguns dos seus efeitos fiscais. Foram considerados os exemplos de tipo de assimetrias híbridas *supra* identificados, não sendo identificado todos os efeitos possíveis de cada um dos tipos de assimetrias híbridas por facilidade de exposição.

2.4. Instrumento financeiro híbrido - D/N.

A entidade “A Co”, sediada no Estado A funda a entidade “B Co” com sede no Estado B, subscrevendo o seu capital social com um instrumento híbrido. Este instrumento será qualificado como financiamento por capital para o Estado A e um financiamento por dívida para o Estado B.

Uma vez que estamos perante partes relacionadas residentes em Estados Membros da União Europeia, a Diretiva Juros Royalties¹³ e a Diretiva Mães Filhas¹⁴ terão um papel fulcral nesta análise. Ora segundo a primeira, serão isentos de retenção na fonte o pagamento de juros enquanto, de acordo com a segunda¹⁵, serão excluídos do cálculo do lucro tributável os dividendos recebidos.

¹³ Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003.

¹⁴ Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011.

¹⁵ Ou o regime do Participation Exemption

Ora, no Estado B o financiamento será qualificado como de dívida e como tal, os juros pagos pela “B Co” à “A Co” serão um custo para aquela, sendo dedutíveis no cálculo do lucro tributável. Por sua vez os pagamentos que a “A Co” recebe da “B Co” serão qualificados como dividendos no Estado A, que, como referido acima, serão desconsiderados para o cálculo do lucro tributável desta entidade.

A exploração deste tipo de assimetrias permite-nos observar o efeito de dedução sem inclusão, a entidade ordenante do pagamento (“B Co”) deduz os montantes qualificados como juros da sua matéria coletável, sendo que a entidade beneficiária do pagamento (“A Co”) não inclui como rendimento tributável este pagamento, qualificado no seu Estado como dividendos.

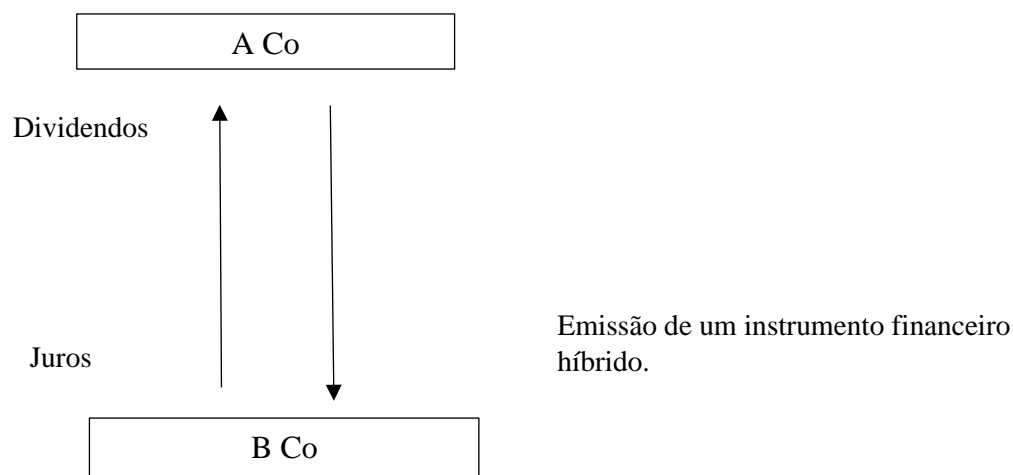


Figura 1: Dedução sem inclusão - Instrumento financeiro

2.5. Entidade Híbrida - DD

Um caso típico de exploração de uma assimetria híbrida através de uma entidade híbrida e com um efeito de dupla dedução é a seguinte¹⁶. “A Co” detém indiretamente a “B Co” que opera num outro Estado. Entre estas entidades está uma entidade híbrida C que no Estado A é considerada como transparente e no Estado B é considerada como opaca. Quer isto dizer que para efeitos de tributação no Estado A é tributada na pessoa dos seus sócios,

¹⁶ OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p. 44.

ou seja, na “A Co” e no Estado B é tributada no âmbito de um Regime Especial de Tributação de Grupos.

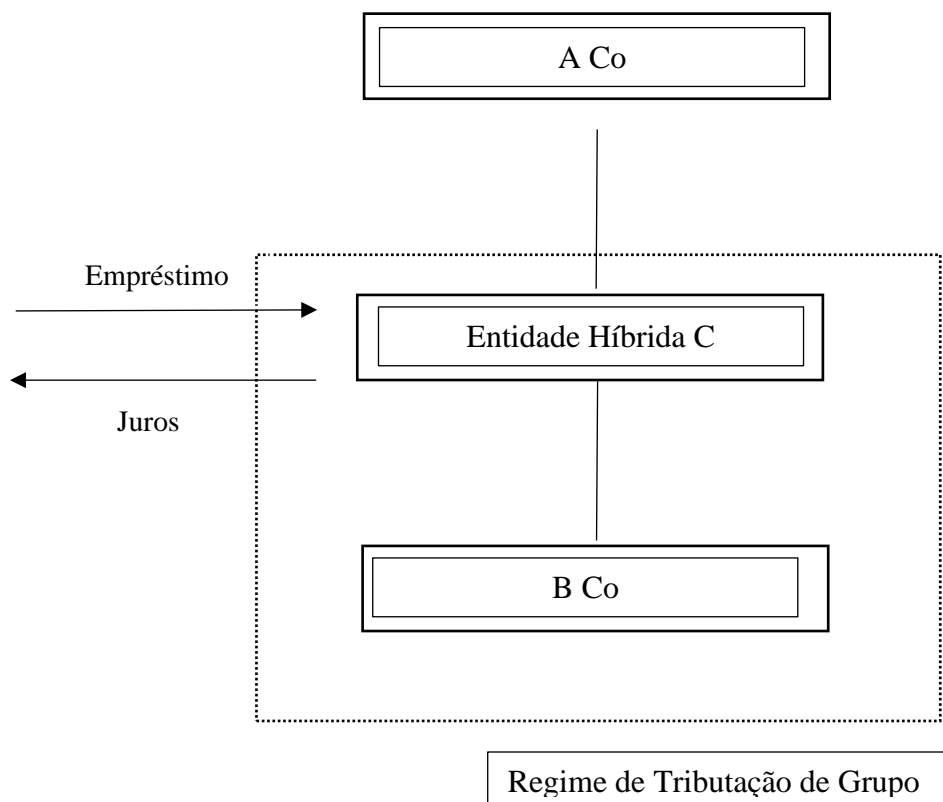


Figura 2: Dupla dedução - Entidade híbrida

Atento à figura n.º 2 *supra*, podemos ver que a Entidade Híbrida contraiu um empréstimo junto de um terceiro, sobre o qual irá ter de pagar juros associados a essa contratação. Como referido *supra*, a entidade híbrida no Estado A é considerada transparente, portanto os referidos juros, que representam um custo, irão ser alocados fiscalmente à entidade “A Co”, e como tal, dedutíveis no cálculo do seu lucro tributável. Por outro lado, no Estado B, a entidade híbrida é considerada como opaca, e considerando que se encontra no âmbito de um RETGS, então aquele gasto, que será um prejuízo, uma vez que esta entidade não tem qualquer lucro operacional, será dedutível no cálculo do lucro tributável da entidade “B Co”.

Temos então o resultado da exploração de uma assimetria híbrida com recurso a uma entidade híbrida que se concretiza pela dedução de um gasto em dois estados diferentes.

2.5.1. Entidade Híbrida – D/N

O caso aqui em análise¹⁷ é semelhante ao previsto no ponto anterior, contudo a origem do financiamento é diferente. Em vez de provir de um terceiro, será “A Co” a financiar a entidade híbrida através de um empréstimo ou figura semelhante.

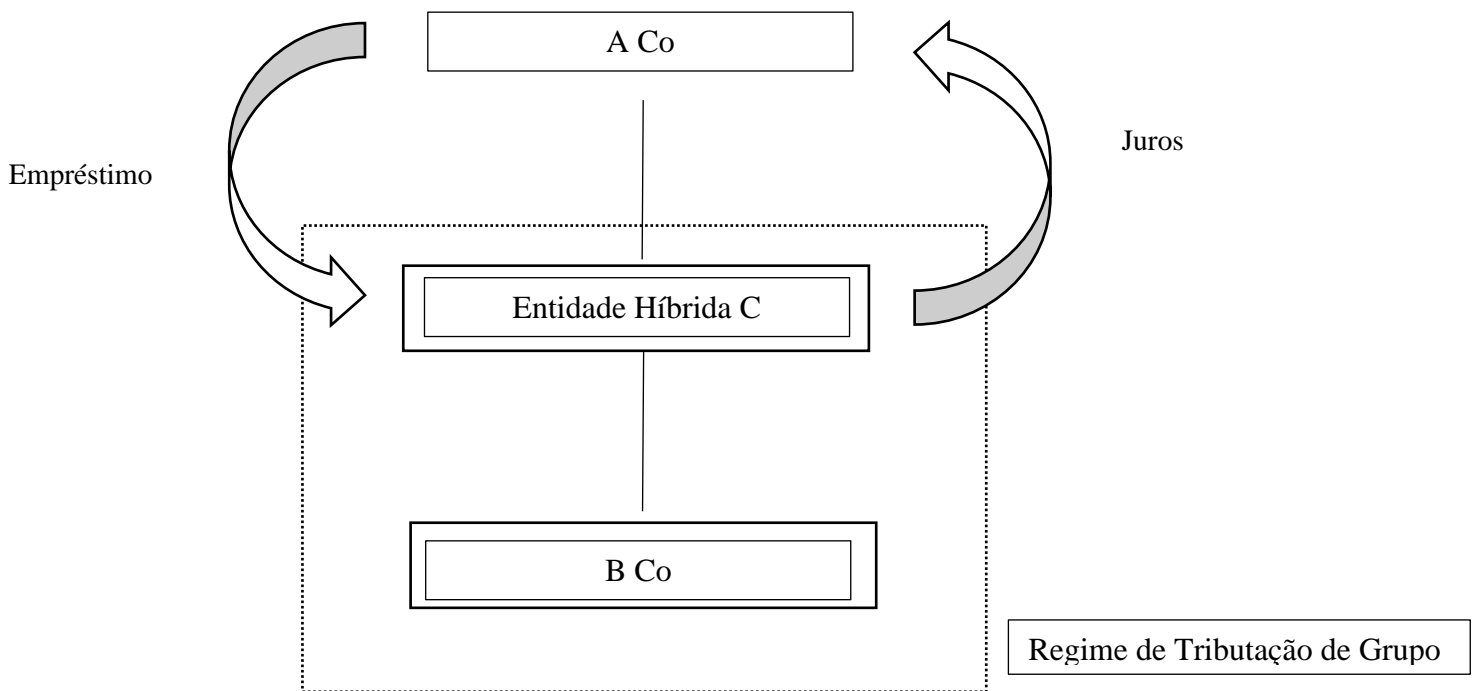


Figura 3: Dedução sem inclusão - Entidade híbrida

Ora, a entidade híbrida é qualificada como transparente para efeitos do Estado A, sendo “A Co” a única detentora do capital social da entidade híbrida e como tal, este Estado desconsiderará para todos os efeitos negócios, em particular o pagamento dos juros, da base tributável de “A Co”. Contudo, uma vez que no Estado B a entidade híbrida é tida

¹⁷ OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, p. 48.

como opaca e se optou pela aplicação de um RETGS, a “B Co” irá conseguir deduzir o valor dos juros pagos ao seu rendimento coletável. Ou seja, temos uma dedução dos juros no Estado B e uma não inclusão para efeitos de rendimento coletável deste mesmo pagamento no Estado A, consubstanciando um caso de dedução sem inclusão.

2.6. Entidade com dupla residência para efeitos fiscais – DD

Na análise deste tipo de assimetria híbrida presume-se que não existe entre os dois países um acordo para evitar a dupla tributação¹⁸, caso em que não se aplica o critério do artigo 4.º, n.º 3 da Convenção Modelo da OCDE.

Vejamos:

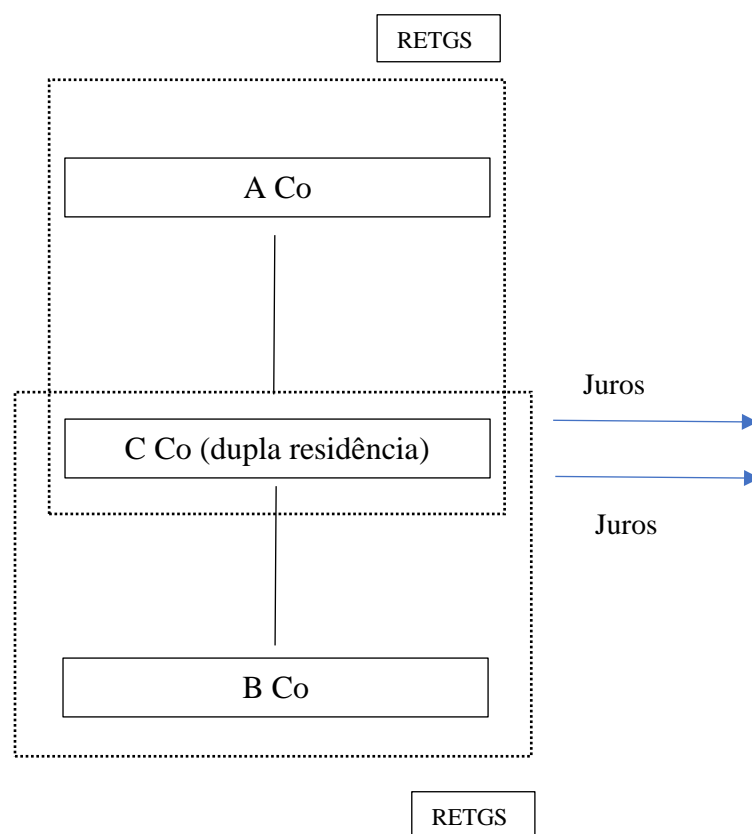


Figura 4: Dupla dedução - Entidade com dupla residência fiscal

O Estado A considera a entidade C residente fiscal no seu território uma vez que é ali que se encontra estabelecida a sede estatutária daquela entidade. Contudo, o Estado B

¹⁸ Nos moldes da Convenção Modelo da OCDE

considera igualmente a entidade C como residente fiscal uma vez que o critério da direção efetiva se encontra preenchido. Por sua vez, vigora o RETGS relativos a “A Co” e a “C Co”, bem como entre “B Co” e “C Co”. Também, a “C Co” não auferir qualquer rendimento no âmbito da sua atividade, fazendo com que os juros pagos pelos empréstimos contraídos sejam dedutíveis em ambos os Estados, A e B.

Temos então uma dupla dedução de um gasto originário de um empréstimo contraído junto de um terceiro.

3. Diretiva Anti Elisão

3.1. Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016

A Diretiva Anti Elisão (“DAE II”) prevê um regime¹⁹ de combate à exploração de assimetrias híbridas no artigo 9.º. De acordo com este o tratamento é diferente consoante estejamos perante um caso de dupla dedução (“DD”) ou dedução sem inclusão (“D/I”).

Como já vimos, estamos perante uma dupla dedução quando um determinado gasto, despesa ou perda é deduzido à base tributável na jurisdição do ordenante e numa outra jurisdição, a do investidor. Por sua vez uma dedução sem inclusão permite que um determinado pagamento realizado pelo ordenante seja deduzido nesse mesmo território onde tem origem e não incluído para efeitos fiscais na jurisdição do beneficiário.

Nos casos de exploração de uma assimetria híbrida que culime numa dupla dedução de um determinado pagamento ou despesa, a regra determina que a dedução efetuada na jurisdição do investidor seja recusada. A esta regra apelidamos de regra primária nos casos de dupla dedução, irá neutralizar a exploração da assimetria híbrida, não permitindo que o investidor deduza também aquele determinado gasto.

A regra primária nos casos de dedução sem inclusão opera numa lógica inversa, vejamos, a dedução irá ser recusada no Estado Membro do ordenante²⁰ e não no Estado Membro do beneficiário.

¹⁹ Alterado pela Diretiva 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017.

²⁰ Estão de acordo com o proposto na Ação 2 BEPS – veja-se: OECD *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 Final Report* (2015).

As duas regras *supra* descritas são denominadas regras primárias no combate de assimetrias híbridas e são ativadas independentemente de qualquer substância económica na organização ou estruturação do grupo ou entidade.

Caso a exploração da assimetria híbrida dê origem a uma dupla dedução e o Estado Membro do investidor, ou seja, de quem irá tentar deduzir uma determinada despesa ou pagamento, não travar a dedução desta à base tributária daquele, aplica-se a regra secundária que determina que o Estado Membro do ordenante irá travar a dedução de tal despesa/pagamento.

A mesma lógica é seguida no caso de exploração de uma assimetria híbrida que culmine numa dedução sem inclusão em que o Estado Membro do ordenante não trave a dedução de tal despesa – entra em cena o Estado Membro do investidor que irá incluir para efeitos de cálculo do rendimento tributável aquele acréscimo patrimonial.

Parece-nos que o *ratio* destas normas tem uma lógica assente numa atuação primária e caso esta por algum motivo não seja bem-sucedida, as regras secundárias ou defensivas entrarão em cena.

3.2. Problemática europeia

A exploração das assimetrias híbridas é um tema atual e que resulta, na sua generalidade, da exploração das diferentes qualificações que os diferentes Estados Membros atribuem a determinados factos tributários, quer instrumentos/rendimento ou próprios regimes de tributação, como é o caso de regimes de transparência fiscal e/ou regimes especiais de tributação de grupos.

Como já tivemos a oportunidade de observar, as explorações de assimetrias híbridas podem ter como dois efeitos principais, a dupla dedução de um mesmo gasto em diferentes ordenamentos jurídicos ou a dedução de um gasto sem que este seja correspondentemente incluído para cálculo do lucro tributável como rendimento na esfera do beneficiário de tal pagamento.

Na sua maioria estes problemas surgem no seguimento da imposição, como já tivemos oportunidade de perceber, de diversas prerrogativas legislativas²¹ por forma a proceder à criação de um regime fiscal *supra* estadual que assente e concretize as liberdades e garantias fundamentais da União Europeia²².

Trata-se então das Diretivas de Juros e Royalties²³ e a Diretiva Mães-Filhas que tem como grande objetivo promover o mercado interno e neutralizar os efeitos negativos que a dupla tributação tem neste mercado. Para isto, isenta-se de retenção na fonte o pagamento de juros e royalties entre entidades associadas, desde que cumpridos determinados requisitos e isenta-se de retenção na fonte (tributação) a distribuição de lucros entre partes associadas de forma a promover a tributação na esfera do beneficiário efetivo de tais rendimentos, evitando assim a dupla tributação durante a cadeia de distribuição.

Todas estas Diretivas são suscetíveis de criarem situações de abuso, razão pela qual nos anos mais recentes o papel do TJUE na determinação do que são situações abusivas tem sido determinante, ainda que ambas as diretivas contenham disposições próprias anti abuso, não estão desenhadas para abranger questões de planeamento fiscal agressivo, razão pela qual a necessidade das ações que integram o plano BEPS tem uma grande relevância neste tema.

Na prática, ambas as diretivas criaram espaço para planeamentos baseados na exploração de assimetrias híbridas em que se obtém deduções no Estado da fonte, isto é, no Estado do contribuinte que efetua um pagamento, regra geral juros, por forma a que este rendimento (juro) seja considerado num outro Estado com dividendo, não estando assim sujeito a tributação (inclusão na base tributável e/ou cálculo do lucro tributável)²⁴.

Sendo estes abusos claramente contrários aquilo que é o escopo e objetivo das próprias diretivas, o legislador europeu viu-se obrigado a atuar procedendo a alterações às diretivas

²¹ Para análise detalhada consultar: DANON, Robert in. *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016.

²² Quer no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que pode ser consultado em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF; ou o Tratado da União Europeia na sua versão consolidada, que pode ser consultado em: http://publications.europa.eu/resource/cellar/9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2

²³ Informações detalhadas sobre o objeto, escopo e fundamentos em Springael, Brent. Implementation of the Interest and Royalties Directive in, *Derivatives & Financial Instruments*, v. 6, n. 11/12, Amsterdam: IBFD, 2004, p. 279 e ss.

²⁴ DANON, Robert (Ed.). *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016, p. 293.

através da introdução de cláusulas que impediam a utilização abusiva das mesmas, bem como, no seguimento das ações do Plano BEPS, a adoção da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.

4. O sistema tributário português

Feita a introdução e delimitação do conceito de assimetria híbrida bem como a análise dos antecedentes e legislação europeia que levou à adoção das normas que combatem as assimetrias híbridas, cumpre agora proceder ao retrato do sistema tributário português, em particular, analisando a Constituição portuguesa para esse efeito, que dispõe de determinadas particularidades que moldam o sistema fiscal português.

A Constituição da República Portuguesa é densa em matéria fiscal, mais densa do que a maioria das constituições europeias em vigor uma vez que após a Revolução de 1974 as forças políticas posteriores entendiam que o sistema fiscal era o instrumento chave na construção de uma sociedade mais justa e “na transformação do país numa sociedade sem classes, “em transição para o socialismo”²⁵. As revisões constitucionais que antecederam ao diploma original²⁶ trataram de alterar as ideologias originais aí presentes, culminando numa base em termos de garantias dos contribuintes e processos legislativos, permitindo que as especificidades das diferentes matérias fiscais seja realizado em diplomas próprios, sem nunca ultrapassar aquilo que é o imperativo constitucional em termos de princípios ou processos legislativos.

Ainda que a Constituição não seja relevante em matéria de tributação indireta, muito pelo facto de a tributação indireta (i.e. IVA e Impostos Especiais sobre o consumo) ser altamente regulada pelo Direito Europeu culminando num afastamento dos comandos constitucionais, a verdade é que a matéria da tributação direta, quer do rendimento ou património onde a influência europeia é mais limitada²⁷, encontrando-se particularmente vinculada aos comandos constitucionais como é o caso dos impostos sobre o rendimento e património (IRS, IRC ou IMT e IMI).

²⁵ Para mais desenvolvimentos: Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2011, p. 125

²⁶ Em concreto, revisão de 1982, 1989, 1992, 2001, 2004 e 2005

²⁷ Sem prejuízo de terem de ser respeitados as liberdades fundamentais previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No plano formal a Constituição da República Portuguesa reserva, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea i), à Assembleia da República em termos legislativos o poder de criar impostos e “sistema fiscal”, salvo existência de uma autorização a conceder ao Governo para que este possa legislar nestas matérias, desde que esta defina o objeto, sentido, extensão e duração de tal autorização²⁸.

Em matéria de princípios, encontramos no artigo 103.º, n.º 3 a proibição da existência de leis fiscais retroativas que vai ao encontro de um outro princípio estruturante, da segurança jurídica. No plano material e que releva para a análise da presente investigação, temos o princípio da igualdade, que ainda que não exista de forma específica no sistema tributário, facilmente é depreendido do artigo 13.º, na forma de *princípio da capacidade contributiva* quando se trate de impostos e *princípio da equivalência*²⁹ quanto a taxas e contribuições.

5. Igualdade Fiscal

5.1. História e desenvolvimentos práticos

A *pirori* cumpre enunciar os princípios que estão na base da análise da presente investigação: o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva.

Nos dias de hoje e em particular no seio dos Estados Membros da União Europeia não podemos analisar qualquer conceito ou princípio de Direito Fiscal tendo em conta apenas as considerações do respetivo ordenamento em causa, mas antes, tendo em conta as considerações do Direito da União, em particular do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE)³⁰ e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), contudo, estando no âmbito de princípios puramente internos, servirão apenas como importantes elementos de interpretação.

²⁸ Para mais desenvolvimentos veja-se: José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2018 e Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2011, pp. 127 e ss.

²⁹ Para mais informações ver: Sérgio Vasques, *O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária*, tese de doutoramento, Almedina.

³⁰ Veja-se: Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, 2010.

O princípio da igualdade³¹ vem previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa³² e na sua vertente negativa proíbe discriminações e privilégios fiscais, o conceito de discriminação é hoje concretizado e desenvolvido para além da Constituição, em particular pela jurisprudência do TJUE, sendo a base deste conceito é o juízo de comparabilidade entre os sujeitos passivos.

Como refere Ana Paula Dourado o princípio de igualdade na sua vertente positiva é ainda mais difícil de concretizar em relação à sua vertente negativa: “*tratar de igual modo situações iguais, de modo desigual, situações desiguais, corrigindo ainda as desigualdades*”³³.

Por sua vez, José Casalta Nabais³⁴ parece seguir o entendimento de que o princípio da igualdade implica igual imposto para os contribuintes com semelhantes capacidades contributivas (igualdade horizontal) e impostos diferentes, na medida da diferença de capacidade contributiva entre os contribuintes (igualdade vertical). Quer isto dizer que para este autor a própria capacidade contributiva é a medida da comparação do princípio da igualdade³⁵.

A Constituição da República Portuguesa não prevê um artigo específico para a igualdade fiscal, bastando-se com uma previsão geral aplicável a toda e qualquer conduta, quer seja no âmbito do direito fiscal ou outro ramo do direito.

O princípio da igualdade, na sua vertente negativa vem previsto no artigo 13.º da CRP como já tivemos oportunidade de referir *supra*:

1. “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*”

³¹ Para desenvolvimentos sobre o conceito do princípio constitucional da igualdade, veja-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.ª edição, Coimbra, 2014, pp. 263 e ss.

³² Que aqui se transcreve para facilidade do leitor “*1-Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2 - Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*”

³³ Cfr. Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal*, 5.ª edição, pp. 213 e ss.

³⁴ Cf. José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Almedina, 11.ª edição, pp. 154 e ss.

³⁵ Também este é o entendimento de Ana Paula Dourado, contudo a autora entende existir um princípio de igualdade negativo proibindo discriminações e o princípio da igualdade positivo, contribuintes com iguais capacidades contributivas deverão ser tributados de forma semelhante ao passo que contribuintes com diferentes capacidades contributivas devem ser tributados de forma diferentes, na medida dessa diferença – cfr. Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal*, 5.ª edição, pp. 213 e ss.

2. *Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*”

Daqui retiramos que todos, pessoas singulares ou coletivas, são iguais perante a lei e como tal, todos estão sujeitos aquele princípio pelo que, tendencialmente, pessoas nas mesmas circunstâncias estarão sujeitos a uma igual carga fiscal, ou por outras palavras, não existirá um tratamento fiscal diferenciado entre indivíduos que se encontrem em iguais situações.

Assim, propomos-mos a analisar durante esta investigação a compatibilidade das normas que combatem as assimetrias híbridas de acordo com o princípio da igualdade na sua vertente negativa, isto é, a exigência de comparação entre sujeitos passivos e objetos de tributação por forma a determinar a existência de privilégios e discriminações³⁶.

Contudo o princípio da igualdade não é absoluto, como qualquer outro direito fundamental deve ser entendido como relativo, admitindo sempre exceções, ainda que de forma restrita e fundamentadas nos termos legais. Há situações que exigem a derrogação, total ou parcial do princípio da igualdade, quer perante outros direitos fundamentais quer perante necessidades específicas, as quais serão abordadas na presente investigação.

Adianta-se desde já que estas limitações são permitidas constitucionalmente, nomeadamente, pelo artigo 18.º, n.º 2: “[a] lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

5.2. Princípio da Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva nada mais é do que uma das concretizações do princípio da igualdade, na sua vertente positiva em matéria de impostos, assumindo-se como um pressuposto e critério de tributação.

³⁶ Ana Paula Dourado, *Lições de Direito Fiscal*, 5.ª edição, p. 213.

Podemos concretizar este princípio na seguinte ideia: “*contribuintes com igual capacidade contributiva (igualdade horizontal) paguem o mesmo montante de imposto; e que contribuintes com diferente capacidade contributiva paguem um montante diferente de imposto (igualdade vertical)*”³⁷.

Acerca deste entendimento vejamos o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 84/2003: “*o princípio da capacidade contributiva exprime e concretiza o princípio da igualdade fiscal ou tributária na sua vertente de “uniformidade” – o dever de todos pagarem impostos segundo o mesmo critério – preenchendo a capacidade contributiva o critério unitária da tributação, entendendo-se esse critério como sendo aquele em que incidência e repartição dos impostos se deverá fazer segundo a capacidade económica ou capacidade de gastar (...) de cada um e não segundo o que cada um eventualmente receba em bens ou serviços públicos*”.

Quanto ao que aqui nos interessa, foquemo-nos na concretização do princípio da capacidade contributiva em sede de Imposto sobre Rendimento de Pessoas Coletivas que assenta na ideia de calculamos uma base tributável³⁸ a partir de todas as variações patrimoniais incorridas pelo sujeito passivo num determinado período³⁹, devendo todas estas variações, positivas ou negativas ser relevantes no cálculo do rendimento tributável do sujeito passivo.

Na prática, ao rendimento proveniente da atividade da entidade em causa (sujeito passivo) deduz-se todos os gastos suportados, direta ou indiretamente, na obtenção de tais rendimentos. Esta ideia é a aproximação à condição económica efetiva da entidade, ou por outras palavras, reflete a capacidade contributiva daquela entidade.

Não é objetivo desta tese entrar em considerações específicas do regime de tributação do rendimento de pessoas coletivas, contudo não poderemos deixar de assinalar que este princípio cada vez mais tem sido restringido por força das preocupações anti abuso e elisão fiscal que tem sido a preocupação do legislador, quer nacional quer europeu, desde o início do século XXI⁴⁰.

³⁷ Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal*, 5.ª edição, p. 216.

³⁸ Montante sobre a qual irá ser aplicada a taxa relativa ao respetivo imposto.

³⁹ Em Portugal, tendencialmente coincide com o ano civil – cfr. n.º 1 do artigo 8.º do CIRC.

⁴⁰ Para melhor entendimento veja-se GUSTAVO LOPES COURINHA, *Manual do Imposto sobre o Rendimento Pessoas Coletivas*, Almedina, 2019, pp. 16 e ss.

Tal como refere Sérgio Vasques o princípio da capacidade contributiva, enquanto critério do princípio da igualdade, torna o imposto personalizável, uma vez que, ao tributar-se determinado rendimento deverá atender-se às condições do contribuinte em causa⁴¹.

Ainda neste âmbito, torna-se por demais evidente que o princípio da capacidade contributiva não atua apenas como um critério de igualdade, mas sim como pressuposto e limite à tributação, dado que a que o imposto apenas incidirá no estreito limite da capacidade contributiva do contribuinte.

Há quem conteste e defenda que a capacidade contributiva é um conceito “vazio” pelo facto de ser indeterminável ou ambíguo. Ora, no fundo, “*configurar-se-ia como uma verdadeira petição de princípio, já que se limita a estabelecer que deve pagar-se o que se pode pagar, sem definir minimamente o “poder pagar” cuja concretização é assim deixada à inteira liberdade do legislador fiscal*”⁴². Ainda neste âmbito, é defendido que não é fornecido “*nenhum critério concreto para uma repartição justa dos encargos fiscais por todos os contribuintes ou do encargo fiscal individual ou global admissível*”, deixando assim margem ao legislador na concretização de tal princípio.

Ainda que por mero dever consiga acompanhar o raciocínio *supra* referido, a verdade é que a margem do legislador é uma margem controlada, quer pelas próprias normas constitucionais quer pelos princípios, que balizam qualquer alteração arbitrária a este princípio.

Na verdade como refere Casalta Nabais, este principio atua de forma expressiva na tributação quer de pessoas singulares quer de pessoas coletivas, tendo o legislador de atuar conforme, vejamos “*(...) o legislador na seleção e articulação dos factos tributários tem de ater-se a factos reveladores da capacidade contributiva, definindo como objeto ou matéria coletável de cada imposto um determinado pressuposto económico que seja manifestação dessa capacidade e esteja presente nas diversas hipóteses legais do respetivo imposto. Por outras palavras, o princípio da capacidade contributiva implica assim idoneidade do sujeito para suportar o respetivo imposto, o que ocorrerá apenas quando se verifique uma efetiva conexão entre a prestação tributária e o pressuposto económico selecionado pelo legislador*”.

⁴¹ Sérgio Vasques, Capacidade Contributiva, Rendimento e Património, Fiscalidade, Julho- Setembro de 2005.

⁴² José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1998, pp.459 e ss

Também este princípio é passível de ser limitado, nunca esquecendo que é o dever do legislador encontrar um ponto de equilíbrio entre os diversos princípios e interesses constitucionalmente garantidos, sendo que em tais situações será sempre necessário a existência de algum fundamento constitucionalmente garantido que permite o afastamento de tal princípio e seja respeitado o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, qualquer limitação de um princípio constitucional deverá ser alvo de um controlo metódico, reforçando-se a metódica do controlo da igualdade, como refere José Gomes Canotilho *“através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). Talvez seja mais correto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentação e controlo conducentes, em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos. O controlo metódico da desigualdade terá de testar: (1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; (2) a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim; (3) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter).”*

5.2.1. Tributação do rendimento real das empresas

Após a abordagem dos elementos e características do princípio da capacidade contributiva, nomeadamente enquanto critério e quórum de comparação para aferição da igualdade (positiva) entre contribuintes, cumpre aferir o papel que este princípio assume na tributação das empresas.

O princípio da capacidade contributiva é o elemento necessário na tributação de entidades coletivas, que é um dos elementos objeto de estudo na presente investigação. Vejamos, o artigo 104.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa refere que *“[a] tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”*.

Lembrando o *supra* referido: *“o princípio da capacidade contributiva, enquanto critério do princípio da igualdade, torna o imposto personalizável”*, é possível confirmar a personalização do imposto, no caso, o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, de forma a acolher a igualdade tributária, concretizada pela tributação do rendimento efetivamente auferido por determinado contribuinte.

Podemos afirmar então que o artigo 104.º, n.º 2 da CRP nada mais é do que a verdadeira concretização do princípio da capacidade contributiva e da igualdade⁴³

Há quem discuta o conceito de empresas⁴⁴ para efeito do artigo 104.º, n.º 2 da Constituição, contudo, iremos adotar a posição que nos parece ir ao encontro do que foi o pensamento do legislador, abranger todas as organizações, unipessoais ou não, que se dediquem a uma atividade económica⁴⁵. Trata-se de um conceito amplo que visa incluir não só empresas societárias e os demais tipos de pessoa coletiva, mas também empresas unipessoais ou individuais, ainda que tributadas em sede de IRS, dado que a tributação destas deve incidir fundamentalmente sobre o seu lucro real.

Numa análise breve, podemos afirmar que o legislador escolheu a palavra *fundamentalmente* por uma razão, já explicitada anteriormente, um conceito absoluto poderia pôr em causa outros princípios e preceitos constitucionais, razão pela qual, o abriu à limitação de tal ideia por forma a conciliar outro(s) preceito(s) constitucionais, nomeadamente o combate à fraude e evasão fiscal, ou até mesmo pela própria praticabilidade em alguns casos.⁴⁶

5.3. A coerência interna e a aplicação de normas anti híbridos

Analisado sistema tributário português com especial foco nos princípios da igualdade e da capacidade contributiva torna-se necessário incluir um capítulo onde se analise de forma breve as normas que combatem assimetrias híbridas e a forma como estas prejudicam a coerência interna do sistema tributário português.

Como teve oportunidade de se referir, as normas previstas na ATAD II, no que respeita ao combate de assimetrias híbridas são normas que não dependem estruturalmente da observância de efeitos em território português. Vejamos *infra* o problema que decorre da incoerência interna decorrente da aplicação de normas que combatem assimetrias híbridas.

⁴³ Cf. José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Almedina, 11.ª edição, p. 174.

⁴⁴ Para mais informações sobre o conceito de empresa *vide* Fernando Olavo, *Manual de Direito Comercial, Volume I*, pp. 165 e ss; António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, Almedina, 2022, 5.ª edição, pp. 293 e ss.

⁴⁵ De acordo com: José Xavier de Basto, O princípio da tributação do rendimento real e a Lei Geral Tributária, in *Fiscalidade*, 5 de janeiro de 2001, pp. 6 e ss.

⁴⁶ Tal como o regime simplificado na determinação do rendimento coletável de rendimentos da categoria B – *cfr.* Artigo 31.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

A aplicação das regras primárias está sempre condicionada ao tratamento existente no outro Estado, quer seja o do beneficiário quer o do ordenante, ao passo que a aplicação das regras secundárias está condicionada à não aplicação de uma regra primária. Por outras palavras, o antecedente de aplicação das normas impõe que o conhecimento de um facto ocorrido num outro Estado/jurisdição.

A primeira objeção, anterior a análise da compatibilidade destas normas com o ordenamento jurídico português, começa pelo condicionamento e dificuldades de aplicação da norma, em particular porque é condicionada por factos/efeitos decorridos num outro Estado que não o que está a aplicar as normas em análise.

Na verdade, esta objeção levanta um problema de maior, a incompletude e incoerência do sistema interno aplicador das normas em causa, nomeadamente porque os elementos necessários a aplicação de uma norma interna, não estão efetivamente determinados, são sempre condicionados pelos efeitos/factos decorridos numa outra jurisdição diferente.

Ainda que existam outras normas que estão sempre condicionadas à verificação ou aferição de factos ocorridos num outro território, como é o caso da aplicação dos créditos do imposto e/ou retenções na fonte, não pode deixar de se chamar a atenção para as dificuldades fiscais de aplicação destas normas.

6. Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.

A Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, conhecida e tratada como ATAD foi formalizada e criada no seguimento das ações recomendadas na Ação 2 do projeto BEPS da OCDE, tendo sido alcançado o seu acordo no ano de 2016.

Diferente do modo de atuação da União Europeia até àqueles dias, esta Diretiva assumia um carácter geral com medidas mínimas a serem adotadas em diferentes domínios da tributação direta, nomeadamente no combate à elisão fiscal, evasão e planeamento fiscal agressivo, vinculando então os Estados Membros a um mínimo de proteção.

As medidas principais da Diretiva dividiram-se nos seguintes domínios: (i) dedutibilidade de juros⁴⁷; (ii) tributação à saída⁴⁸; (iii) regra geral anti-abuso⁴⁹; (iv) regras relativas a CFC's⁵⁰; (v) regras que visam combater a exploração de assimetrias híbridas⁵¹.

As regras previstas no artigo 9.º da Diretiva foram as que mais alterações sofreram quer em relação à proposta quer em relação ao texto aprovado inicialmente por esta diretiva, posteriormente alterado.

Dois princípios de tributação resultam destas normas, quando perante uma exploração de uma assimetria híbrida que de origem a um efeito de dupla dedução do rendimento, esta dedução deve ser travada no Estado do beneficiário do pagamento, e no caso de dedução sem inclusão, o Estado onde o pagamento é originário deverá negar a dedução do pagamento.

As assimetrias híbridas em matéria de estabelecimentos estáveis, transferência e questões de dupla residência permaneceram inicialmente fora do âmbito de aplicação da norma, apesar de estarem previstas no Relatório Final sobre a Ação 2 do Projeto BEPS.

As situações que envolvam entidades híbridas têm um regime especial, nomeadamente previsto no n.º 4 do artigo 2.º das definições da Diretiva, nomeadamente porque a qualificação como empresa associadas para que seja aplicado o artigo 9.º, pressupor 50% de participação direta ou indireta dos direitos de voto, capital social ou direito a receber os lucros. Quer isto dizer que investimentos abaixo dos 50% estão fora do âmbito da norma, apesar de poder haver a exploração de uma assimetria híbrida.

Acresce ainda a este facto que inicialmente as normas eram inaplicáveis a países externos à União (terceiros), não permitindo atingir o potencial máximo destas normas no combate à exploração de assimetrias híbridas, nomeadamente porque pagamentos com origem e destino a estes Estados (terceiros) não serão afetados por estas normas, ainda que questão este temporária uma vez que a Comissão foi convidada a apresentar proposta orientada para estas questões até ao final de outubro de 2016, que foi cumprido, aplicando-se a interações com Estados terceiros mas não aplicáveis àqueles.

⁴⁷ Previsto no artigo 4.º da Diretiva.

⁴⁸ Previsto no artigo 5.º da Diretiva.

⁴⁹ Previsto no artigo 6.º da Diretiva.

⁵⁰ Previstas nos artigos 7.º e 8.º da Diretiva.

⁵¹ Previstas no artigo 9.º da Diretiva.

Este tratamento cria discriminações entre empresas residentes na União e entidades com sede em Estados terceiros, beneficiando estes últimos do facto da Diretiva não lhes ser aplicável.

Não podemos deixar de lado também críticas à inexistência de harmonização tributária quanto às taxas de imposto sobre o rendimento das empresas aplicáveis nos diferentes Estados membros da União, potencializando ainda, e bem, o planeamento fiscal dentro da própria União Europeia.

Por outro lado, entendem alguns autores⁵², que esta Diretiva prejudica o funcionamento do mercado interno da união uma vez que, ainda que cumpram no essencial as recomendações do projeto BEPS, foram além do que era necessário, por vezes dando a entender que este *plus* se qualifica como iniciativas próprias da UE, nomeadamente quanto à tributação à saída e a regra geral anti abuso.

Ora, a Diretiva atua sempre, ou quase sempre, nas transações realizadas entre duas ou mais entidades com sede em Estados Membros da União criando impasses e restrições às transações intracomunitárias com impacto direto no mercado interno, não permitindo que os contribuintes possam planear da melhor forma os seus impactos fiscais, retirando-lhes a possibilidade de usufruir de diferentes taxas de imposto vigentes em diferentes Estados membros.

Entendemos que se poderá em alguns casos tratar de um excesso tendo em conta a falta de harmonização em matéria tributária direta.

6.1. Transposição da Diretiva (UE) 2016/1164

A transposição da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 é realizada pela Lei n.º 24/2020, de 6 de julho que vem alterar o Código do IRC aditando a subsecção i-A à secção vi do capítulo iii, com epígrafe *Regras destinadas a neutralizar os efeitos de assimetrias híbridas*, os artigos 68.º-A, 68.º-B, 68.º-C e 68.º-D.

⁵² ARNAUD DE GRAAF e KLAAS-JAN VISSER em: Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, EC Tax Review, vol. 25, 2016, p. 204.

O artigo 68.º-A trata das definições da referida subsecção, o 68.º-B das normas que efetivamente combatem as assimetrias híbridas, o 68.º-C trata das assimetrias híbridas inversas e o artigo 68.º-D trata das assimetrias de residência fiscal.

Por facilidade e comodidade o escopo desta investigação limitar-se-á à análise das normas que combatem as assimetrias híbridas, previstas no artigo 68.º-B do Código do IRC, deixando de fora as normas que combatem assimetrias híbridas inversas e assimetrias de residência fiscal.

Tal como se pode referir *supra* trata-se uma transposição que envolveu uma mera cópia dos artigos 2.º e 9.º da ATAD II sem qualquer ajuste à realidade tributária portuguesa.

6.2. As normas em concreto.

O artigo 68.º-B do Código do IRC, sob a epígrafe *Assimetrias híbridas* refere:

“1 - Não concorrem para a determinação do lucro tributável os gastos incorridos ou suportados, na medida em que:

a) Correspondam a pagamentos, ainda que ficcionados, despesas ou perdas com origem, incorridas ou sofridas em outra jurisdição, relativos a uma assimetria híbrida que dê origem a uma dupla dedução;

b) Correspondam a pagamentos, ainda que ficcionados, despesas ou perdas com origem, incorridas ou sofridas em território português, relativos a uma assimetria híbrida que dê origem a uma dupla dedução, exceto quando essa dedução seja recusada na jurisdição do investidor;

c) Correspondam a pagamentos, ainda que ficcionados, despesas ou perdas com origem, incorridas ou sofridas em território português, relativos a uma assimetria híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão que não corresponda a rendimentos tributáveis ao abrigo da legislação da jurisdição do investidor;

d) Se destinem a financiar, direta ou indiretamente, despesas dedutíveis que deem origem a uma assimetria híbrida através de uma operação ou série de operações entre empresas associadas ou realizadas como parte de um acordo estruturado, exceto na

parte em que outra jurisdição envolvida nas operações ou série de operações tenha efetuado um ajustamento equivalente relativo a essa assimetria híbrida.”

Para melhor compreensão do leitor, serão identificadas *infra* as regras primárias e secundárias que combatem a exploração de assimetrias híbridas que dão lugar a casos de dupla dedução e/ou dedução sem inclusão.

A regra presente na alínea a) do artigo 68.º-B do Código do IRC corresponde a regra primária que combate assimetrias híbridas que tem como consequência a dupla dedução de um mesmo gasto/rendimento. Isto porque tal como é referido na ATAD II, a dedução é recusada no Estado-Membro que constitui a jurisdição do investidor, ou seja, o Estado Membro do sujeito passivo que irá receber o pagamento/despesas. Tal como é referido na alínea a) do artigo 68.º-B, os pagamentos que tenham origem numa outra jurisdição e sejam enquadrados enquanto resultado da exploração de uma assimetria híbrida, a sua dedução será recusada em território português.

Por outro lado, a alínea b) do artigo 68.º-B corresponde à alínea b) do artigo 9.º da ATAD, recusar-se-á dedução de um pagamento/despesa com origem em território português, ou seja, na jurisdição do ordenante, exceto quando essa dedução seja recusada na jurisdição do investidor, ou seja, quando o Estado Membro do sujeito passivo ordenante aplique a regra primária e aí recuse a dedução de tal despesa.

No que diz respeito aos casos de dedução sem inclusão, a regra primária da ATAD II manda em primeira linha a recusa de dedução no Estado-Membro que constitua a jurisdição do ordenante, tal como é referido na alínea c) do n.º 1 do artigo 68.º-B, no caso em que despesas com origem em território português não concorrerão para a determinação do lucro tributável quando àquele pagamento não corresponda um rendimento tributável ao abrigo da legislação do investidor.

Por sua vez, o n.º 3 do artigo 68.º-B corresponde à regra secundária nos casos em que a exploração de uma assimetria híbrida corresponda a uma dedução sem inclusão, tendo como consequência a inclusão daquele rendimento para o cálculo do lucro tributável, quando a jurisdição do ordenante não tenha recusado a dedução daquela despesa.

7. Compatibilidade das normas anti híbridos e o sistema tributário português.

Neste capítulo será abordada a compatibilidade das normas que combatem a exploração de assimetrias híbridas com o sistema tributário português, por referência quer ao princípio da igualdade na sua vertente negativa, quer ao princípio da capacidade contributiva.

Por fim será analisada a proporcionalidade das medidas, nomeadamente quanto à sua adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*.

7.1. Compatibilidade da regra primária com o sistema jurídico português

7.1.1. Estrutura da regra primária

A regra primária que combate a exploração de assimetrias híbridas atua de forma diferente, consoante a modalidade e o efeito da assimetria híbrida em causa. No caso de estarmos perante uma assimetria híbrida que culmine numa dupla dedução, a regra primária atua, tal como já foi descrito, no Estado do investidor, querendo isso dizer que, gastos ou despesas incorridas ou sofridas numa outra jurisdição (fora de Portugal), relativos a uma assimetria híbrida não concorrerão para a determinação do lucro tributável, querendo isto dizer que Portugal não irá permitir a dedução deste gasto ao para efeitos do cálculo do lucro tributável.

Por sua vez a regra primária quando em causa esteja uma assimetria híbrida que de origem a um resultado de dedução sem inclusão, este gasto/despesa, sofrida em território português, não irá igualmente concorrer para efeitos do lucro tributável do contribuinte português.

Propomo-nos a investigar a compatibilidade das normas que combatem a exploração de assimetrias híbridas com os princípios da capacidade contributiva e da igualdade. Estes dois princípios baseiam-se em elementos dos contribuintes portugueses, assumindo

particular relevo na capacidade contributiva, concretizada através da tributação do lucro real, os gastos suportados por estes. Querendo isto dizer, como já tivemos oportunidade de referir, que ao lucro tributável serão deduzidas todas as despesas efetivamente suportadas pelo contribuinte (português) de forma a obter determinado rendimento coletável.

A regra primária em situações de dupla dedução atua na esfera do investidor, isto é, o beneficiário de um determinado pagamento que, no âmbito da exploração de uma assimetria híbrida, irá beneficiar de uma dupla dedução de um determinado gasto. Na prática, a regra primária atuará em Portugal relativamente a gastos com origem fora do território português, gastos estes que nunca chegam a ser efetivamente suportado pelo contribuinte nacional.

Ora, por razões de coerência, não tendo aquele gasto sido efetivamente suportado pelo contribuinte português, tomou-se a decisão de excluir do escopo da presente investigação a análise da compatibilidade das regras que combatem a exploração de assimetrias híbridas que resultam em casos de dupla dedução.

7.1.2. Princípio da capacidade contributiva na regra primária.

É claro que a regra primária que combate a exploração de assimetrias híbridas em que o resultado seja a dedução sem inclusão atua a nível da limitação da dedução de uma despesa (juros regra geral) no estado do ordenante, querendo isto dizer que não serão relevantes para o cálculo do lucro tributável gastos com origem em território português relativos a uma assimetria híbrida que dê origem a uma situação de dedução sem inclusão.

Desde logo, parece haver uma contradição à ideia da capacidade contributiva uma vez que esta norma trava a dedução ao lucro tributável de uma despesa essencial à obtenção de lucro. Efetivamente, o legislador constituinte⁵³ estabeleceu que a tributação de empresas incidirá fundamentalmente sobre o rendimento real.

Algo que o legislador ordinário⁵⁴ concretizou através de um requisito necessário, para que uma determinada despesa possa ser deduzida do cálculo do lucro tributável de uma

⁵³ *Cfr.* Artigo 104.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa

⁵⁴ *Cfr.* Artigo 23.º, n.º 1 do Código do IRC

empresa, isto é, aquele gasto tem de ser incorrido para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC, tem de existir umnexo entre o rendimento obtido e a despesa incorrida.

Reconhecemos que a capacidade contributiva se concretiza no direito que os contribuintes têm de deduzir as despesas incorridas na prossecução da sua atividade, desde que estas sejam utilizadas para obter ou garantir rendimentos, ou seja, a tributação de empresas dá-se pelo rendimento líquido (ou lucro tributável) que estas apresentem num determinado período fiscal⁵⁵.

Em primeira linha podemos afirmar então que o lucro tributável, em termos gerais, calcula-se pelos rendimentos obtidos pelo contribuinte no exercício da sua atividade, subtraindo os gastos incorridos e necessários à obtenção daquele rendimento.

A não dedução de uma despesa que garantiu a existência de um rendimento tributável, na parte em que não foi permitida a sua dedução, poderá ser violadora do princípio da capacidade contributiva uma vez que não reflete a verdadeira capacidade de pagar daquele contribuinte.

Não quiere isto dizer que não existam limitações ao princípio da Capacidade Contributiva, concretizado pela tributação do rendimento real de uma empresa, como é o exemplo da tributação através de métodos indiretos, ainda que esta só seja aplicável em casos “*excepcionais e obedecem a tipificação legal (em especial a contida no artigo 87º da LGT)*”⁵⁶.

Na verdade, o que não pode acontecer é identificação de uma qualquer causa, quer pelo legislador português, quer pelo legislador europeu, e assumir que esta seja apta a justificar uma restrição ao Princípio da Capacidade Contributiva de forma tal em que o contribuinte se veja privado de efetuar a dedução de uma despesa que efetivamente contribuiu para gerar receita num determinado período económico.

Para maior facilidade, analisemos o caso dos juros, que serão o tipo de rendimento /gasto típico decorrente da utilização de instrumentos financeiros híbridos e exploração de assimetrias híbridas.

⁵⁵ Cf., Gustavo Lopes Courinha, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, pp. 21 e ss.

⁵⁶ Acórdão do STA no Processo n.º 434/11 de 08 de junho de 2011.

A regra primária atualmente em vigor em Portugal, a alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º-B do CIRC determina que não concorrem para a determinação do lucro tributável os gastos incorridos ou suportados na medida em que “[c]orrespondam a pagamentos, ainda que ficcionados, despesas ou perdas com origem, incorridas ou sofridas em território português, relativos a uma assimetria híbrida que dê origem a uma dedução sem inclusão”

Quer isto dizer que o contribuinte português, pessoa coletiva (empresa) irá ser privado da dedução de uma despesa, os juros pagos, uma vez que estes não concorrerão para a determinação do lucro tributável. Na verdade, em território português impede-se a dedução de uma despesa verdadeiramente incorrida na prossecução da atividade de uma empresa.

Contudo, tal como referido *supra*, o princípio da Capacidade Contributiva não é absoluto e admite limitações, como todos e quaisquer princípios Constitucionais, desde que a ponderação entre os direitos em conflito seja orientada pelo princípio da proporcionalidade.

Contudo, antes do controlo da proporcionalidade é necessário determinar a razão justificativa de tal limitação. É aqui que poderá residir um dos problemas da norma primária anti híbridos nos casos de dupla dedução.

A justificação introduzida pela OCDE, que esteve na origem da própria aprovação da Diretiva que lhe subjaz, é a elisão fiscal, que tenha incidência direta no funcionamento do mercado interno.

Parece-nos que então se torna necessário aferir se a função extrafiscal de uma norma tributária é suficiente para afastar um princípio constitucional.

A Constituição estabelece no artigo 103.º, n.º 1 que “[o] sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição **justa dos rendimentos e da riqueza.**”

Quer isto dizer que os impostos não devem satisfazer apenas as necessidades de arrecadação de receita do Estado, mas sim abarcar finalidades sociais na generalidade sob orientação do princípio da igualdade e capacidade contributiva e com isto orientar as condutas dos agentes económicos neste sentido.

A necessidade de evitar comportamentos tem sido analisada pelo próprio TJUE em duas linhas de pensamento distintas: (i) requisito virado para o interesse público, quer isto dizer que se devem combater condutas suscetíveis de restringir ou ferir a aplicação de liberdades fundamentais; ou (ii) enquanto manifestação de princípio ⁵⁷ geral e absoluto de DUE, que permite afastar o exercício de determinados direitos em situações nas quais os agentes tenham atuado de forma abusiva. os efeitos do exercício de determinados.

Não nos parece descabido a constatação de que esta norma possa mitigar parcialmente o Princípio da Capacidade Contributiva assente na ideia anti abuso desta, nunca poderá levar ao seu afastamento absoluto.

Parece-nos sim descabido a utilização de uma presunção absoluta que impeça a dedutibilidade de despesas efetivamente incorridas sem atribuir ao contribuinte a possibilidade de demonstrar que aquela conduta não é abusiva.

Vejamos, esta norma veste uma presunção absoluta – uma vez que não admite prova em contrário – de que todos os pagamentos de juros com base num instrumento financeiro híbrido, ou arranjo híbrido, em que resulte uma situação de dedução/não inclusão é abusivo e sem qualquer substância económica, negando a dedutibilidade de tal despesa para efeitos do cálculo do lucro tributável para pagamento do IRC, em evidente desalinho com o Princípio da Capacidade Contributiva.

Nunca esquecendo que nos termos legais uma assimetria híbrida só é tratado como assimetria híbrida quando sobrevenha entre empresas associadas, sede e estabelecimento estável ou no âmbito de um acordo estruturado. Fica de fora nestes casos assimetrias híbridas consumadas com terceiros.

No seguimento do que já foi escrito, só é possível limitar o conceito de assimetria híbrida aos negócios entre empresas associadas ou no âmbito de um acordo estruturado se tivermos em conta o elemento abuso da própria assimetria híbrida, caso contrário incluir-se-ia assimetrias híbridas com terceiros.

Estamos então perante uma verdadeira presunção de abuso quando por qualquer motivo um negócio ou determinada estruturação dê origem a uma assimetria híbrida, realizados entre empresas associadas ou no âmbito de um acordo estruturado.

⁵⁷ Terra J.M.B., Wattel, P.J., *European Tax*, Kluwer Law International, 2008, p.363

Por praticabilidade e porque não é o objeto de estudo da presente investigação, não se criarão debates acerca a possibilidade de utilização de presunções inilidíveis, confirmando apenas a sua proibição em território nacional.

Por isto, é de concluir pela incompatibilidade da regra anti híbrido primária, tal como prevista transposição da Diretiva para o ordenamento nacional, uma vez que o seu rácio impõe ao contribuinte que desconsidere um gasto necessário ao exercício da atividade desenvolvida.

Ainda que admitamos, num raciocínio sedutor que a justificação de tal norma consubstancia um combate à dupla não tributação, esta sim violadora da capacidade contributiva⁵⁸, isto é assumir como raciocínio subjacente que a real capacidade contributiva do contribuinte é aferida internacionalmente, ou seja, da combinação dos elementos de todos os sistemas tributários em que a esfera de atividade de uma empresa multinacional atua, é excessivo.

Devemos lembrar-nos que o princípio da capacidade contributiva tal como é descrito nesta investigação, é um princípio nacional orientador apenas das condutas do legislador português funcionando também como garantia do próprio contribuinte.

O mesmo se aplica em relação a eventuais princípios semelhantes em vigor em outros Estados.

Por isto, o contribuinte que atua de acordo com os princípios e legislações envolvidas, deverá ver a sua tributação ser efetuada de acordo com a capacidade contributiva manifestada em cada jurisdição isoladamente.

Este será o entendimento a defender, inexistindo, até há data, um regime tributário internacional no que diz respeito à tributação direta.

⁵⁸ Cf. Avi-Yonah, *International Tax as International Law*, pp. 8 e ss

7.1.3. Princípio da igualdade na regra primária

7.1.3.1. Igualdade na regra primária que combate as assimetrias híbridas.

As normas que combatem assimetrias híbridas não levantam problemas apenas em relação ao princípio da capacidade contributiva. A regra primária levanta problemas quanto a eventuais violações do princípio da igualdade.

Na prática, contribuintes em situações semelhantes terão um tratamento fiscal diferente no que diz respeito à dedução de despesas. Para melhor compreensão e uma vez que na prática se verifica em arranjos ou estruturas/instrumentos financeiros híbridos com a utilização de instrumentos de capital e dívida, o gasto aqui em análise corresponderá, à semelhança do capítulo anterior, a juros.

Nos termos legais da transposição, a regra primária determina que tais despesas não concorrerão para a determinação do lucro tributável, isto é, não será permitida a sua dedução aos rendimentos obtidos quando na jurisdição do investidor, isto é, do beneficiário do rendimento não incluir na respetiva base tributável (cálculo do lucro tributável) tal rendimento⁵⁹.

Analisar-se-á então se este tratamento diferenciado restringe ou viola o princípio da igualdade.

Em primeira linha será necessário determina a medida da comparação ou a possibilidade de comparação entre sujeitos passivos, porque só assim é que conseguimos determinar a existência de privilégio e/ou discriminações⁶⁰

Ora, em causa estará o tratamento fiscal de contribuintes (empresas) que utilizam instrumentos de dívida/capital no âmbito de uma assimetria híbrida entre empresas associadas ou terceiras sob um acordo estruturado e contribuintes (empresas) e empresas que recorram ao financiamento de dívida/capital no âmbito de um assimetrias híbrida com terceiros, em particular, pelo facto de aos segundos ser permitida a dedução dos juros

⁵⁹ Danon, Robert (Ed.). Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy. Zurich: Schulthess, 2016, p. 292.

⁶⁰ Ana Paula Dourado, Lições Direito Fiscal, 5.^a edição, pp. 213.

pagos no âmbito da contração do empréstimo, no cálculo do lucro tributável e aos primeiros lhe ser vedada a dedução de tais juros pelo facto da jurisdição do beneficiário de tal pagamento não incluir aquele rendimento para efeitos de tributação.

No que diz respeito à comparação, será feita entre contribuintes pessoas coletivas (empresas) e não entre grupos económicos, ainda que a vantagem fiscal – alegada perda de receita e arrecadação global de impostos⁶¹ - apenas seja atingível a grandes grupos económicos, tendo em conta as especificidades e elementos de exploração e utilização de instrumentos híbridos, contudo, daqui não decorre que a configuração de um grupo económico multinacional seja elemento necessário e/ou essencial para a comparação.

Além do mais, o IRC incide sobre as entidades individualmente considerada, sem prejuízo da opção do RETGS, caso em que se considera para efeitos de cálculo do lucro tributável do grupo, “(...) *a soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo.*”⁶²

Razão pela qual não existe fundamento para que no exercício da comparação se utilizem apenas grupos multinacionais.

A comparação, como tal, deve dar-se individualmente, enquanto contribuintes com capacidade contributiva, ainda que um destes integre um grupo, veja-se o disposto pelo Acórdão do CAAD proferido no âmbito do processo n.º 14/2016-T de 22 de agosto de 2019⁶³: “(...) *princípio da igualdade tributária exige a tributação de acordo com a capacidade contributiva, como adiante melhora se explicará, uma vez que a capacidade contributiva é o parâmetro de comparação (o tertium comparationis) que permite dizer que duas pessoas se encontram em situação de igualdade ou de desigualdade para efeitos de tratamento igual ou diferenciado por parte do direito, quanto à distribuição dos encargos fiscais.*”

Nem obsta a este entendimento que a assimetria híbrida se manifeste, naturalmente entre empresas associadas ou pertencentes ao mesmo grupo. Vejamos, a própria alínea) do n.º 2 do artigo 68.º-A refere que: “[u]m resultado de assimetria apenas é tratado como

⁶¹ OECD. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report* - OECD Publishing, 2015, p. 15.

⁶² Cfr. Artigo 70.º do Código do IRC.

⁶³ E ainda Tribunal Constitucional nos acórdãos n.º 142/2004, de 10/03/2014, n.º 452/03 de 14-10-2003; n.º 84/03 de 12-02-2003; n.º 211/03, de 28-03-2013.

assimetria híbrida quando sobrevenha entre empresas associadas, entre um sujeito passivo e uma empresa associada, entre a sede e o estabelecimento estável, entre dois ou mais estabelecimentos estáveis da mesma entidade ou no âmbito de um acordo estruturado”

A palavra-chave “*acordo estruturado*”, que tem como definição:

- (i) *“Um acordo que envolva uma assimetria híbrida em que o resultado de assimetria seja considerado no preço fixado nos termos do mesmo;*
- (ii) *ou um acordo que foi concebido para produzir um resultado de assimetria híbrida, salvo quando não possa ser razoavelmente expectável que o sujeito passivo ou uma empresa sua associada tivesse conhecimento da mesma e não tenham beneficiado de parte do valor da vantagem fiscal dela resultante;”*⁶⁴

Ora o facto de o conceito de assimetria híbrida englobar “acordos estruturados” entre entidades que não tenham de ser associadas permite-nos concluir que a comparação será efetivamente feita entre os indivíduos (contribuintes) isoladamente e independentemente da sua estrutura societária onde estão inseridos, nomeadamente aqueles que recorrem ao financiamento/negócios relativos a uma assimetria híbrida entre empresas associadas (ou no âmbito de um acordo estruturado) e empresas que recorrem a financiamento/negócios relativos a uma assimetria híbrida com terceiros.

Não basta, no entanto, que estejamos perante dois sujeitos passivos para que possamos efetuar a comparação, é necessário que ambos estejam em situações comparáveis.

As normas que combatem assimetrias híbridas visam situações puramente internacionais, uma vez que o próprio conceito de assimetria híbrida se baseia na exploração de diferentes conceitos/qualificações em relação a um mesmo facto.

Surge como tal a questão se é possível comparar situações puramente internacionais e situações puramente domésticas?

A comparação de situações que envolvam jurisdições diferentes já foi tratado fundamentalmente pelo TJUE, nomeadamente no caso Schempp⁶⁵. No essencial discutia-se a possibilidade de um residente na Alemanha poder deduzir ao seu rendimento os

⁶⁴ Cfr. Artigo 68.º-A, n.º 1, alínea a) do CIRC.

⁶⁵ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0403&from=GA>

montantes qualificados a título de pensão pagos à sua ex-mulher, residente na Áustria. Nos termos legais em vigor, os pagamentos de pensões realizados a antigos cônjuges poderiam ser deduzidos desde que estes fossem tributados (sujeitos) no Estado de residência do seu beneficiário, o que não acontecia na Áustria.

Por essa razão, entendeu a Autoridade Tributária Alemã que não poderia o Sr. Schempp deduzir tais pagamentos.

Não contente, recorreu da decisão sustentando uma discriminação com base na Nacionalidade, ou seja, residente alemão que paga a pensão à ex-mulher, no caso residente na Áustria, não sendo ali tributado tal pensão e um residente alemão que pague pensão à ex-mulher, residente na Alemanha.

O TJUE entendeu que não existia, no caso, violação ou restrição nos termos do artigo 18.º do TFUE uma vez que as situações não eram comparáveis. O tratamento diferenciado resultava de diferentes legislações, razão pela qual, situações semelhantes que ocorram em jurisdições diferentes, não são comparáveis, por resultarem da autonomia tributária de cada um daqueles Estados.

Contudo, recordamos que este caso trata de uma análise da comparabilidade de situações dentro de diferentes Estados da União Europeia, enquanto requisito para a não discriminação dentro deste espaço⁶⁶.

O que se propõe comparar na presente investigação é o tratamento fiscal no país da fonte, entre os contribuintes *supra* referidos, isto é que efetuem pagamentos em contrapartida da contratação/exploração de um instrumento híbrido (i.e. empréstimo) entre empresas associadas (ou no âmbito de um acordo estruturado) e terceiros. Não se pretende analisar os pagamentos ou o tratamento que lhes é conferido em diferentes jurisdições.

Não se pode deixar de notar que nos parece que a própria OCDE esbarrou com este problema, tratamento potencialmente discriminador, nomeadamente quando é referido que a exploração de assimetrias híbrida se funda num problema de equidade global entre os próprios contribuintes, quer na mesma jurisdição quer entre contribuintes residentes e

⁶⁶ A quem aplique este entendimento para defender a inexistência de tratamento diferenciado na aplicação das regras que combatem assimetrias híbridas. Veja-se BOER, Reinout de; MARRES, Otto. BEPS Action 2: Neutralizing the effects on hybrid mismatches arrangements. *Intertax*, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 34.

não residentes⁶⁷. Quer isto indiciar que situações em diferentes jurisdições poderiam ser comparáveis.

Razão pela qual, tal como já foi referido, as situações em comparação na análise de potencial violação do princípio da igualdade serão as entidades individualmente consideradas (empresas) que efetuem pagamentos – e dedução – a empresas associadas ou a terceiros no âmbito de um acordo estruturado.

a) Exploração de assimetria híbrida dentro da mesma jurisdição:

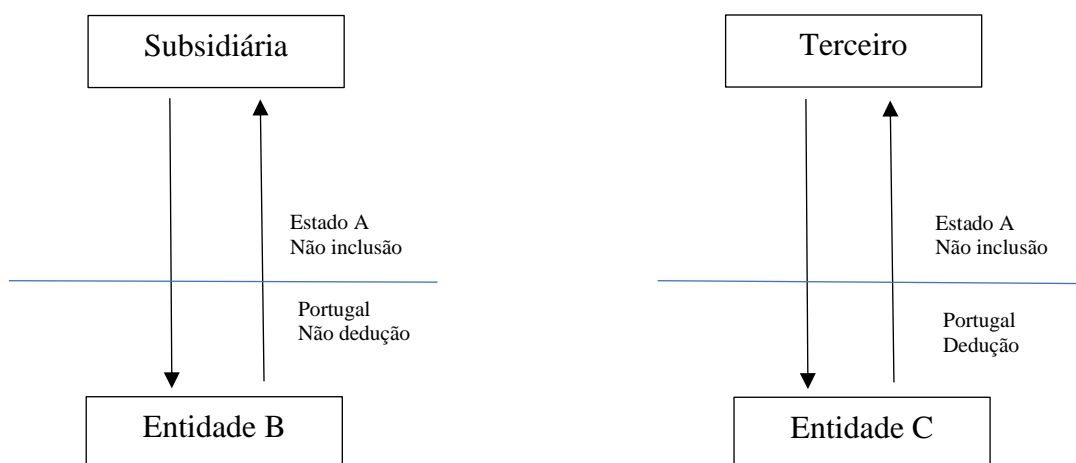


Figura 5: Exploração de assimetrias híbridas mesma jurisdição

Neste caso temos um instrumento financeiro híbrido (financiamento) junto da entidade B e entidade C que irão ser financiadas, respetivamente, pela subsidiária e o terceiro. Por sua vez estas entidades retribuem o financiamento através do pagamento de juros àquelas.

Neste caso o tratamento fiscal difere entre as entidades em particular porque no primeiro caso estamos perante uma subsidiária (poderíamos estar também perante uma entidade com a qual tenha sido celebrado um acordo estruturante) e no segundo caso estamos perante uma entidade terceira, sem qualquer vínculo em termos de estrutura ou acordo estruturante.

⁶⁷ BOER, Reinout de; MARRES, Otto. BEPS Action 2: Neutralizing the effects on hybrid mismatches arrangements. Intertax, v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 37.

Quer isto dizer que a justificação para a diferença de tratamento terá de residir no carácter abusivo da exploração de um instrumento híbrido por parte do contribuinte que possui uma estrutura corporativa que lhe permite adquirir um benefício através da utilização abusiva da sua estrutura⁶⁸.

Por outro lado, eventuais assimetrias híbridas que decorram da exploração de assimetrias híbridas entre partes independentes surgem por diferentes qualificações jurídicas de instrumento financeiro (híbrido) e não pela manipulação ou exploração abusiva de uma estrutura corporativa, criada justamente para explorar tais diferenças.

Razão pela qual entendemos o tratamento discriminatório ser justificado através do carácter de norma anti abuso.

A mesma conclusão seria de retirar no caso das subsidiárias terem a sua sede em Estados diferentes. O abuso situa-se ao nível de exploração da estrutura do grupo, do surgimento de uma vantagem que não está disponível aos demais contribuintes

b) Exploração de assimetria híbrida internacional e nacional.

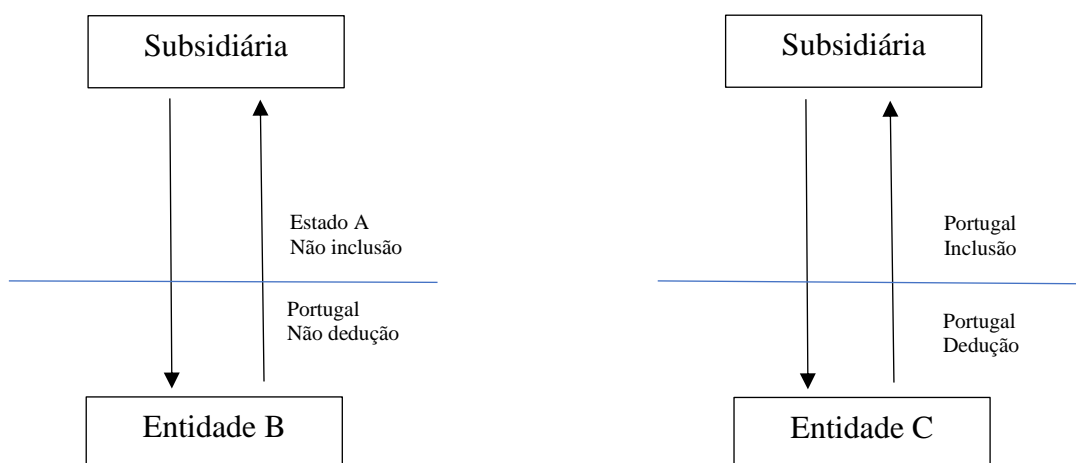


Figura 6: Exploração de assimetria híbrida internacional e nacional

⁶⁸ O próprio TJUE já concluiu que não é abusivo a conduta que visa a obtenção de regime fiscal mais favorável desde que a fronteira que separa o planeamento fiscal lícito e a pura evasão seja ultrapassado, através da criação e exploração de situações/operações artificiais, sem substância económica – Acórdão proferido no âmbito do Processo C-196/04 (Cadbury Schweppes).

No caso temos um instrumento financeiro híbrido (financiamento) junto da entidade B e entidade C que irão ser financiadas, respetivamente, pela subsidiárias. Por sua vez estas entidades retribuem o financiamento através do pagamento de juros àquelas.

A diferença neste caso reside no facto de no primeiro caso a subsidiária ter residência fora do território nacional enquanto no segundo caso a subsidiária tem residência em Portugal.

Trata-se de um caso em que apenas o contribuinte que possui e utiliza uma estrutura internacional consegue explorar um instrumento financeiro híbrido entre empresas associadas, é desse comportamento que surge a vantagem tributária, não sendo possível ao contribuinte meramente nacional.

Verificado o carácter anti abuso das normas somos da opinião que existe a justificação para o tratamento fiscal diferenciado

7.1.3.2. Proporcionalidade da regra primária

Não nos é possível fazer considerações amplas sobre o princípio da proporcionalidade como controlo da igualdade dos normativos fiscais uma vez que não é o objeto central da presente análise, contudo, tal como referido *supra*, a proporcionalidade da medida, isto é, a ponderação entre o benefício e o custo da norma, devendo o benefício ser efetivamente igual ou superior ao custo da norma⁶⁹, equivale a dizer que a restrição ou discriminação da norma deve ser forte o suficiente (tal como a sua fundamentação) para que aquele tratamento diferenciado seja legítimo.

A própria constituição parece ser clara quando refere, no n.º 2 do artigo 18.º, “*devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*”.

A questão de saber se existem direitos ou interesses constitucionalmente protegidos parece-nos claro, uma vez que as próprias normas que combatem as assimetrias híbridas se fundam no combate ao abuso, combate esse que é legítimo ao abrigo de direito fundamentais.

⁶⁹ Parece-nos ser este o entendimento de Gomes Canotilho, pp. 269 e ss.

Como sabemos, o planeamento fiscal é lícito, tendo como barreira da ilicitude os casos em que o próprio planeamento fiscal é abusivo.

No que concerne ao papel da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional tem ido no sentido de utilizar a proporcionalidade como controlo para avaliar a medida da discriminação. Invoca tal entendimento ao abrigo do parâmetro do controlo denominado “igualdade proporcional”, no seguimento da jurisprudência que resultou do período de crise de 2008.

No essencial entendeu-se que o sacrifício de alguns trabalhadores, ainda que devidamente justificado, violava a igualdade proporcional. Esta igualdade proporcional implica, nas palavras do Tribunal Constitucional a “*consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com a finalidade desse modo prosseguida (...), quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado*”.

Também como decidido no acórdão n.º 353/2012, “[*e*] implica por isso uma violação do princípio da igualdade proporcional, assente na ideia de que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade e não pode revelar-se excessiva”.

Também a nível europeu o princípio da proporcionalidade assume um importante relevo, quer em relação à avaliação de disposições de leis internas que restringem liberdades fundamentais quer como critério avaliador de iniciativas legislativas da União Europeia, contrabalançando os interesses de Estados Membros com os interesses da União.

Há quem não concorde com tal entendimento, nomeadamente Jorge Reis Novais, que determina que bastaria submeter a discriminação e respetiva justificação de tratamento aos diversos controlos jurisdicionais que defende existir dentro do comando constitucional da igualdade.

Nesta investigação defende-se, tendo em conta o *supra* exposto, a utilização do princípio da proporcionalidade como controlo à discriminação efetuada pelas normas que combatem a exploração de assimetrias híbridas, razão pela qual se irá proceder a este teste por forma a perceber se há ou não uma violação deste controlo/princípio.

Em sentido amplo e enquanto princípio autónomo, tem se entendido que o princípio da proporcionalidade é comportado por 3 subprincípios: (i) adequação; (ii) Necessidade; (iii) e proporcionalidade em sentido estrito.

No que diz respeito à adequação, este visa assegurar que as normas sob análise são indicadas para a prossecução dos objetivos pretendidos. Ora, assumindo a Diretiva e a sua correlativa transposição como meio de combate à elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo bem como eliminar as disparidades entre os diversos ordenamentos jurídicos, implementando-se um nível mínimo de proteção, encontra-se, a nosso ver, preenchido tal subprincípio.

A necessidade exige que o instrumento seja indispensável à concretização dos objetivos prosseguidos, querendo isto dizer de que de todas as soluções possíveis (e exequíveis), as normas em causa deveriam ser as que melhor se adequam, tornando-se assim necessárias. Ora, aqui entendemos que poderá ser levantada algumas questões, uma vez que o ordenamento jurídico português dispõe de uma clausula geral anti abuso. Não esquecendo a ideia de abuso previsto nas normas que combatem a exploração de assimetrias híbridas e a forma como, a nosso ver, a ideia de abuso deveria limitar o escopo das atuais regras que combatem a exploração de assimetrias híbridas, não deixa de ser questionável a necessidade destas⁷⁰.

Fundando-se estas normas no combate ao abuso e não permitindo ao contribuinte ilidir a presunção de abuso relativa à exploração de uma assimetria híbrida coloca estas normas numa posição de inutilidade, a nosso ver, tendo em conta a própria clausula geral anti abuso.

Ainda que por mero dever de investigação considerássemos que as normas em causa fossem necessárias, a verdade é que existem outras normas possíveis menos restritivas e de acordo com a finalidade extrafiscal da norma como seria o caso de incluir na norma a possibilidade de o contribuinte poder demonstrar a inexistência de abuso na sua conduta.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito visa analisar em concreto contrabalançar os objetivos da norma, a discriminação e a medida da discriminação por forma a encontrar

⁷⁰ Dennis Weber entende que que na Diretiva ATAD II existem normas que efetivamente não são necessárias em diversos Estados Membros, *cf.* Dennis Weber, *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: a Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 209

o ponto de equilíbrio, por outras palavras, garantir que as normas não são excessivas tendo em conta o seu objetivo e potencial violação do princípio da igualdade⁷¹.

Atendendo ao acima disposto só nos é possível concluir pela não compatibilidade das normas primárias que combatem as assimetrias híbridas por estas violarem a capacidade contributiva (tributação do rendimento real) e o princípio da igualdade (proporcional) por força da presunção inilidível que estabelecem.

Só seria possível ultrapassar a questão da proporcionalidade se fosse conferida ao contribuinte a possibilidade de demonstrar que a estrutura societária e a forma como é explorada a assimetria híbrida não resulta de uma construção ou séries de construções, que tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem⁷².

7.2. Compatibilidade da regra secundária com o sistema jurídico português.

7.2.1. Estrutura da regra secundária

A regra secundária são regra geral apelidadas de regras defensivas, destinam-se a atuar caso a regra primária não seja aplicada, querendo isto dizer que são de aplicação residual.

Tendo em conta o seu carácter residual, tem como pressupostos: (i) receita proveniente de um pagamento realizado por uma parte relacionada ou no âmbito de um acordo estruturado e (ii) que tenha gerado uma despesa na esfera de quem efetua o pagamento e que lhe tenha sido permitida a dedução de tal pagamento; isto é, não tenha sido aplicada a regra primária no Estado membro que corresponde à jurisdição do ordenante.

O efeito desta regra está na inclusão de um rendimento, que antes da aplicação desta norma, estaria isento ou não sujeito, ao cálculo do lucro tributável do contribuinte beneficiário do pagamento.

⁷¹ Há quem entenda que a Diretiva viola o próprio princípio da proporcionalidade em sentido estrito: *cf.* Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser, *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*, *EC Tax Review*, vol. 25, 2016-4, p. 205.

⁷² *cf.* Clausula Geral Anti Abuso prevista no artigo 38.º, n. º2.

Por isto importa verificar existe a violação do princípio da capacidade contributiva e da igualdade no caso da norma secundária que combate as assimetrias híbridas.

7.2.2. O princípio da capacidade contributiva na regra secundária

Tal como foi explicado no subcapítulo anterior a regra secundária que combate as assimetrias híbridas vai atuar ao nível da esfera tributária do beneficiário, querendo isto dizer que o estado da residência daquele irá incluir um rendimento que ao abrigo de situações normais (pressupõem-se) estaria isento ou não sujeito, passando a estar incluído no cálculo do rendimento tributável.

É seguro dizer que quando se aplica uma norma de isenção, a capacidade contributiva do contribuinte é colocada em segundo plano ou então, não chega a existir, uma vez que aquele comportamento, ainda que gere um facto potencialmente tributário, nunca chegará a relevar para esses efeitos.

O sistema fiscal português, no caso de residentes, assenta num regime de tributação de todo o rendimento auferido pelo contribuinte e no caso de não residentes, tributa-se apenas a parte de rendimento obtida, ou considerada como obtida em território nacional.

Contudo, nem sempre é assim, existem isenções de rendimento para o cálculo do lucro tributável, nomeadamente o caso dos dividendos isentos ao abrigo do regime de *participation exemption*⁷³.

A verdade é que esta isenção tem como objetivo evitar a dupla tributação sobre o mesmo rendimento, razão pela qual se isenta na cadeia de distribuição de lucros up stream até à casa-mãe, onde será tributado à final.

Neste caso, o fundamento da isenção não é a capacidade contributiva do contribuinte, mas sim evitar a potencial dupla tributação daquele rendimento, uma vez que este a partida, será também tributado na esfera do beneficiário (dentro do mesmo grupo económico).

É correto assumir que esta isenção não se funda na correta distribuição da carga tributária em conformidade com o princípio da capacidade contributiva.

⁷³ Regime do Participation Exemption em Portugal, no caso de dividendos recebidos encontra-se no artigo 51.º e seguintes do CIRC.

Feito este enquadramento é forçoso questionar se uma possível restrição à isenção destes dividendos por aplicação da regra secundária que combate a exploração de assimetrias híbridas é suscetível de afetar ou frustrar a capacidade contributiva do seu beneficiário.

É inequívoco que o recebimento de dividendos por parte de um contribuinte (empresa) implica um acréscimo patrimonial suscetível de tributação, veja-se o disposto no artigo 17.º, n.º 1 do CIRC: “[o] lucro tributável das pessoas colectivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período.”.

Apenas nos casos em que se suscita questões de dupla tributação se isenta os dividendos recebidos para efeitos de cálculo do lucro tributável, não existindo assim qualquer direito/benefício absoluto em relação à isenção de dividendos recebidos.

Querendo isto dizer que se trata de uma isenção com uma finalidade extrafiscal (evitar a dupla tributação) e não a tributação de acordo com o princípio da capacidade contributiva tal como enunciado na presente investigação.

Há quem defenda que a implementação de uma regra secundária que combate assimetrias híbridas é decorrente da própria capacidade contributiva do contribuinte, em inglês *ability to pay*. Frans Vanistendael entende que a capacidade contributiva de um contribuinte, em casos transfronteiriços, deve ser determinada com base nos elementos de todas as jurisdições em que este contribuinte atua, e nunca em relação a cada jurisdição isolada e independente⁷⁴.

Entende este autor que a sua conceção funda a impossibilidade de utilização das regras criadas para evitar a dupla tributação por forma a criar situações de dupla não tributação ou situações em que um gasto é deduzido numa jurisdição e não incluído como rendimento na jurisdição do beneficiário daquele gasto. Isto porque a capacidade contributiva do contribuinte é aferida de forma global.

Não seguimos este entendimento e refutamos o mesmo. A capacidade contributiva do indivíduo, enquanto critério do corolário constitucional de “*repartição justa dos*

⁷⁴VANISTENDAEL, Frans. Ability to pay in European Community Law. EC Tax Review, n. 3. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 134.

rendimentos e da riqueza”⁷⁵, “*igualdade entre os cidadãos*”⁷⁶ e como garantia e direito fundamental deve ser aferido a este nível (nacional) e não a nível internacional.

No entanto, não nos é possível encontrar uma violação da capacidade contributiva no caso de a jurisdição nacional incluir um rendimento que estaria teoricamente isento. A inclusão deste rendimento decorre da própria capacidade contributiva, devendo apenas ser isentos em casos muito específicos, como é o caso da dupla tributação, e apenas mediante o preenchimento de determinados requisitos.

7.2.3. O princípio da igualdade na regra secundária

Tivemos oportunidade de perceber que a regra secundária que combate as assimetrias híbridas não decorre primariamente do princípio da capacidade contributiva nem se vislumbra como potencialmente violador daquele.

Tal como foi explicado *supra*, de forma a avaliarmos a compatibilidade desta regra com o princípio da igualdade será necessário identificar uma restrição ou discriminação mediante a comparação de situações e contribuintes, a identificação de uma justificação admissível para tal discriminação e a proporcionalidade da medida.

Neste caso, considera-se aplicáveis os elementos já descritos na análise da regra primária, pelo que para o respetivo capítulo se remete.

Quer isto dizer que o objeto da presente comparação será a empresa portuguesa que recebe um pagamento por força da utilização de um instrumento híbrido de uma participada ou entidade com quem tenha sido celebrado um acordo estruturado e o contribuinte que recebe o pagamento, por força de um instrumento híbrido, de um terceiro.

Afasta-se qualquer consideração que entenda que estas situações não são suscetíveis de ser comparadas em virtude de num dos casos poder haver dupla tributação económica e no outro não, ou vice-versa, por força de uma aplicação de regra secundária ou não aplicação da regra secundária⁷⁷.

⁷⁵ *Cfr.* Artigo 103.º, n.º 1 da CRP.

⁷⁶ *Cfr.* Artigo 104.º, n.º 3 da CRP.

⁷⁷ *Cf.* BENÉITEZ RÉGIL, Paula. BEPS Action 2, 3 and 4 and the fundamental freedoms: is there a way out? *European Taxation*, v. 56, n. 6. Amsterdam: IBFD, 2016, p. 233.

Antes de mais, porque tal como defendido ao longo da presente investigação, quer a capacidade contributiva quer a igualdade devem ser aferidas tendo em conta os elementos nacionais e não internacionais. Caso contrário estaríamos a admitir um princípio da igualdade global, admitindo que factos ocorridos no estrangeiro (*i.e* dedução ou não do pagamento – despesa – ao rendimento tributável do ordenante) como pressuposto e elemento necessário à comparação de situações.

À semelhança de outras regras que combatem assimetrias híbridas, o fundamento destas residem no abuso, casos de contribuintes que aproveitaram a sua estrutura societária por forma a explorar e criar situações de vantagem tributária.

Ainda poderá ser defensável a falta de abuso nestes casos uma vez que, ao contrário dos contribuintes em análise à regra primária, não serão estes contribuintes a emitir um instrumento híbrido, não tendo um controlo total sobre a estrutura do próprio instrumento híbrido.

Não se acompanha este entendimento, a verdade é que sendo o beneficiário parte integrante do grupo ou do acordo estruturante será sempre difícil assumir que não tem ou deveria ter conhecimento do resultado da exploração de tal instrumento, que o beneficia a si também, uma vez que nunca vê o rendimento obtido através daquele instrumento, incluído no cálculo do seu lucro tributável.

Como tal são elementos da comparação a utilização de um instrumento financeiro híbrido que de origem a uma situação de dedução/não inclusão, devendo (i) o pagamento ser realizado entre entidades associadas; (ii) ou no âmbito de um acordo estruturado.

a) Exploração de uma assimetria híbrida dentro da mesma jurisdição

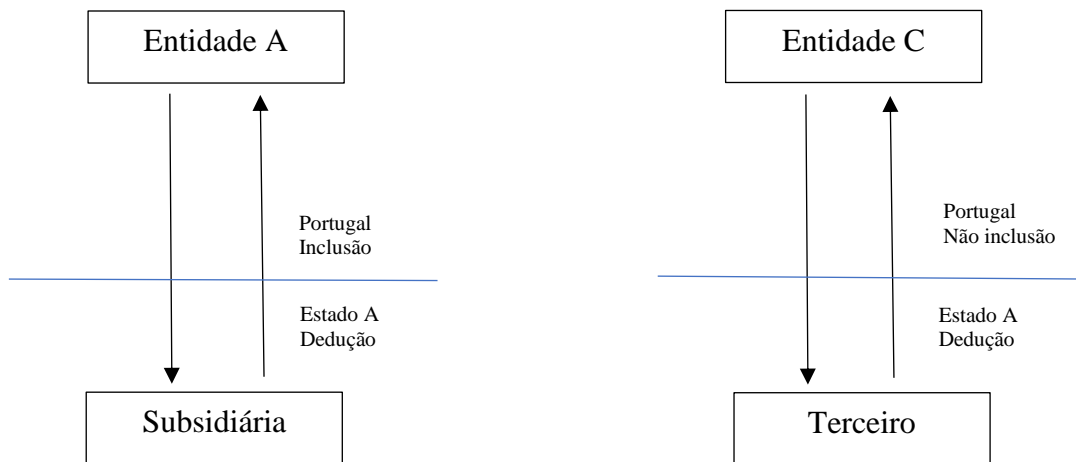


Figura 7: Exploração de assimetria híbrida dentro da mesma jurisdição

A questão aqui em análise subsume-se a dois contribuintes residentes em Portugal, investem num instrumento financeiro híbrido, recebendo dividendos em retorno e tendo um tratamento fiscal distinto em relação a estes, sendo que no primeiro caso teremos uma inclusão de tais rendimentos no cálculo do lucro tributável uma vez que estamos perante entidades associadas ou no âmbito de um acordo estruturado, enquanto que no segundo caso, os dividendos estão isentos/excluídos do cálculo do lucro tributável uma vez que o pagamento provem de um terceiro independente.

Salienta-se que isto só acontece porque no Estado da fonte o rendimento é qualificado como uma despesa (juros) provavelmente e em Portugal este mesmo rendimento é qualificado como dividendos, sendo premissa da aplicação da regra secundária, que o Estado da fonte não impeça a dedução de tal pagamento.

A discussão aqui em causa é muito semelhante em relação à análise já realizado no âmbito da regra primária, saber se o tratamento discriminatório apresenta uma justificação forte o suficiente que permita a discriminação de tratamento.

Relembre-se que atentando ao facto de as normas que combatem as assimetrias híbridas terem como fundamento o combate a comportamento abusivos, neste caso alcançado pelo facto de no primeiro caso estarmos perante entidades associadas que se aproveitam do sua estrutura societária por forma a explorarem e emitirem um instrumento financeiro

híbrido e ainda, tendo em conta que estes comportamentos não estão ao alcance (exploração de estruturas societárias) de relacionamentos com terceiros, parece-nos que o tratamento discriminatório se encontra justificado.

b) Exploração de uma assimetria híbrida em jurisdições distintas

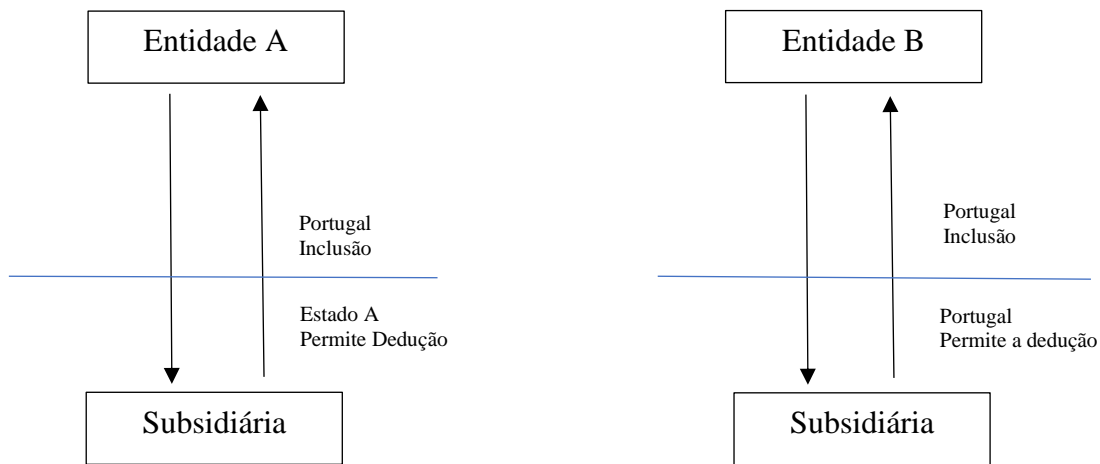


Figura 8: Exploração de assimetria híbrida em jurisdições distintas

Aqui a diferença reside no facto, não de estarmos perante uma entidade terceira, mas sim do tratamento fiscal que é dado àquele rendimento no Estado da fonte no primeiro caso.

Isto é, no primeiro caso atua a regra secundária, sendo que pelo simples facto de o Estado da fonte permitir a dedução daquele gasto ao lucro tributável do ordenante, Portugal, Estado do beneficiário do rendimento, irá incluir aquele rendimento para o cálculo do lucro tributável, ao passo que no segundo caso, atua a regra primária ou mecanismo semelhante, permitindo que o contribuinte português isente aquele rendimento do cálculo do lucro tributável.

Aqui a análise torna-se diferente, a igualdade será aferida para o tratamento igual de situações que tendencialmente poderiam ser diferentes.

Esta igualdade de tratamento decorre da necessidade de colmatar uma vantagem que, pela natureza dos instrumentos e da própria assimetria híbrida não estaria disponível para um contribuinte nacional, razão pela qual se aplica a regra secundária, também aqui estamos no âmbito do combate ao abuso e até à própria concorrência. Na verdade, e teoricamente, a não aplicação da norma secundária é que seria potencialmente discriminatória pois estaria a pôr contribuintes com estruturas internacionais em situações de vantagem relativamente a contribuintes meramente nacionais,

7.2.3.1. Proporcionalidade da regra secundária

Relembrando, esta regra determinará a inclusão de um rendimento, outrora isento ou excluído (ou não) para cálculo do lucro tributável quando o estado do ordenante não impeça a dedução daquele gasto.

Quer isto dizer que a norma é adequada à prossecução dos seus objetivos, evitar a dupla não tributação sobre um rendimento, neutralizando o abuso existente na formulação/exploração de uma determinada assimetria híbrida.

Por sua vez é necessária, sendo que de todas as soluções possíveis parece ser aquela menos restritiva e limitativa, uma vez que não existindo qualquer isenção (absoluta) dos dividendos recebidos o cálculo do lucro tributável, fundada na capacidade contributiva ou na tributação real do rendimento, não se vislumbra outra medida menos restritiva ou limitativa.

Não se tratando de uma norma que viole a capacidade contributiva, por não existir uma verdadeira isenção absoluta de dividendos fundada nesta no ordenamento jurídico português nem impor uma discriminação injustificada, entendemos que também a proporcionalidade em sentido estrito se encontra cumprida.

Atendendo a tudo o *supra* exposto, é forçoso concluir que a regra secundária que combate assimetrias híbridas em que o resultado seja a dedução sem inclusão deve ter-se como compatível com o sistema tributário português.

8. Conclusão

A regra primária que combate as assimetrias híbridas que resultem numa situação de dedução sem inclusão, não é compatível com o princípio da capacidade contributiva (i) uma vez que impede a dedução de uma despesa efetivamente incorrida pelo sujeito passivo, violando a efetiva capacidade contributiva deste por afetar aquele que é o princípio da tributação real e por outro lado (ii) cria uma presunção inilidível de que todos os pagamentos (no âmbito de uma exploração de uma assimetria híbrida) realizados entre empresas associadas ou no âmbito de um acordo estruturado são abusivos.

Por outro lado, a regra primária parece não levantar questões de violação do princípio da igualdade, na sua vertente negativa, isto é a proibição de tratamentos diferentes em situações iguais ou semelhantes, nomeadamente atendendo ao carácter anti abuso das normas que combatem assimetrias híbridas. Estas normas visam igualar o tratamento de situações que apenas são possíveis apenas a um dos sujeitos objeto da comparação, atendendo a uma determinada estrutura internacional necessária.

No entanto, esta regra não ultrapassa o controlo da proporcionalidade, nomeadamente porque, ainda que seja adequada uma vez que visa a assegurar o combate à elisão fiscal, entendemos não ser necessária atendendo ao ordenamento jurídico português, nomeadamente por (i) já existir uma norma geral anti abuso com capacidade para abarcar estas situações (ii) e pelo facto da normal geral anti abuso permitir englobar apenas as situações verdadeiramente abusivas, não criando uma presunção absoluta de que todos os pagamentos (no âmbito de uma assimetrias híbrida) entre empresas associadas ou no âmbito de um acordo estruturado são abusivos.

Ainda que fosse possível ultrapassar o controlo da proporcionalidade por ser conferido ao contribuinte a possibilidade de demonstrar que aquela estrutura e consequente exploração da assimetria híbrida não resulta de uma construção ou séries de construções que foram realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem (demonstrando substância económica) seria questionável a necessidade da mesma atendendo à já existente cláusula geral anti abuso.

A regra secundária que combate a exploração de assimetrias híbridas é de aplicação residual, isto é, só entrará em funcionamento se a regra primária não for aplicada na esfera do ordenante do pagamento, querendo dizer que que o contribuinte com residência em

território português verá incluído um rendimento que estaria (teoricamente) isento/excluído para o cálculo do lucro tributável daquela empresa.

Tivemos oportunidade de defender que esta norma não viola o princípio da capacidade contributiva uma vez que a regra geral no caso da tributação de empresas residentes em território português é a tributação da totalidade do rendimento que obtém, não existindo qualquer direito absoluto (ou expectativa) à uma isenção de determinado rendimento. Tal como se teve oportunidade de referir, uma isenção deste âmbito (dividendos/juros recebidos) nos moldes atuais, caracteriza-se por prosseguir uma finalidade extrafiscal, evitar a indesejada dupla tributação. Por isto, (i) inexistência de um direito absoluto à isenção de um determinado rendimento (dividendos/juros) e (ii) atendendo ao caráter anti abuso das normas, não existe uma violação ao princípio da capacidade contributiva. Contudo, notamos que não somos de concordar com a ideia de que a norma secundária que combate as assimetrias híbridas decorre do princípio da capacidade contributiva do contribuinte uma vez que neste caso seria, aquela aferida internacionalmente e não em relação à jurisdição portuguesa isoladamente.

No que concerne à potencial violação do princípio da igualdade na sua vertente negativa, somos da opinião de que não existe qualquer violação atendendo ao que já foi explicitado *supra* em relação à regra primária, trata-se de neutralizar uma vantagem fiscal que não se encontra atingível ao contribuinte não integrado numa estrutura internacional.

Ao contrário da regra primária, defendemos que a regra secundária ultrapassa o controlo da proporcionalidade, nomeadamente por ser adequada à prossecução dos seus objetivos (neutralizar o abuso), necessária atendendo ao facto de, de todas as situações possíveis, ser àquela que demonstra uma menor limitação aos direitos e liberdades do contribuinte, muito por força de não existir qualquer direito absoluto a uma isenção de tributação sobre determinados rendimentos.

Bibliografia

- ANTUNES, José Engrácia, in *Instrumentos Financeiros*, Almedina, 2.^a edição.
- ARNAUD DE GRAAF e KLAAS-JAN VISSER em: Arnaud de Graaf /Klaas-Jan Visser “*ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects*”, EC Tax Review, vol. 25, 2016.
- AVI-YONAH, Reuven, *International Tax as International Law*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- CANOTILHO, José Gomes *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina.
- CASALTA NABAIS, José, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1998.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito Comercial*, Almedina, 2022, 5.^a edição.
- COURINHA, Gustavo Lopes, *Manual do Imposto sobre o Rendimento Pessoas Coletivas*, Almedina, 2019.
- DANON, Robert in. *Base erosion and profit shifting (BEPS): impact for European and international tax policy*. Zurich: Schulthess, 2016.
- DOURADO, Ana Paula (2017) - *Governança Fiscal Global*. Almedina.
- DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, 2010.
- DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal*, 5.^a edição.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5.^a edição, Coimbra, 2014.
- NABAIS, Casalta (2009) - *Direito Fiscal*. 5a ed., Almedina.
- ROHATGI, Roy, *On International Taxation*, Volume 1: Principles.
- SANCHES, Saldanha (2002) – *Manual de Direito Fiscal*, 2a ed., Coimbra Editora.
- SANCHES, Saldanha (2006) - *Limites do planeamento fiscal, substância e forma no Direito Fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora.
- SPRINGAEL BRENT. Implementation of the Interest and Royalties Directive in, *Derivatives & Financial Instruments*, v. 6, N. ° 11/12, Amesterdam: IBFD, 2004.
- TERRA J.M.B., WATTEL, P.J., *European Tax*, Kluver Law International, 2008.
- THOMAS ECKER / GERNOT RESSLER (Eds.), *History of Tax Treaties – The relevance of the OECD Documents for the Interpretation of Tax Treaties*.

VANISTENDAEL, Frans. Ability to pay in European Community Law. EC Tax Review, n. 3. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2011.

VERONIKA DAURER, *Tax Treaties and Developing Countries*, Series on International Taxation, Vol. 44.

WEBER, DEENIS, *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: a Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

XAVIER, Alberto - *Direito Tributário Internacional*. 2.^a ed., Almedina.

Documentos da OCDE:

OECD, *About the inclusive Framework on BEPS*: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>.

OECD (2012), *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing.

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

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

OECD (2015) – *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (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.