



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Hybrid mismatch arrangements na Diretiva (UE)
2016/1164: Desafios para o legislador português

RITA PEREIRA DE ABREU

Sob a orientação de Francisco Cabral Matos

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito Fiscal

PALAVRAS-CHAVE: antiabuso, BEPS, CFC, Diretiva (UE) 2016/1164, entidades híbridas, *hybrid mismatch arrangements*, SEC, transparência fiscal.

ÍNDICE

Lista de siglas e abreviaturas	4
1. Introdução	5
1.1.Primeira aproximação ao tema	5
1.2.Delimitação.....	7
1.3.Sequência.....	8
2. Transparência fiscal no direito interno português	10
2.1.Transparência fiscal interna: o artigo 6.º do Código do IRC.....	10
2.2.Transparência fiscal internacional no Código do IRC?.....	11
3. O artigo 66.º do Código do IRC	14
3.1.Solução e <i>ratio</i> subjacente	14
3.2.Em particular, o n.º 12 do artigo 66.º	16
3.3.Natureza e classificação.....	19
4. Diretiva (UE) 2016/1164.....	22
4.1.Em particular a norma do artigo 7.º da Diretiva.....	23
4.2.O artigo 9.º da Diretiva.....	24
4.3.Coordenação entre as soluções CFC e anti <i>hybrid mismatch arrangements</i>	25
5. Conclusões preliminares: patologias do regime interno	29
5.1.O artigo 66.º do Código do IRC à luz da CRP	29
5.1.1. O acórdão TC 348/97	29
5.1.2. O artigo 66.º: presunção ou ficção jurídica	30
5.2.O artigo 66.º à luz do direito da UE	32
5.3.Incongruências na aplicação prática do regime	34
6. Propostas de desconstrução dos problemas apontados.....	39
6.1.Alargamento do artigo 6.º: transparência fiscal internacional.....	39
6.2.Compatibilização do artigo 66.º com o direito da UE e a CRP.....	40
7. A transposição da Diretiva: ensaio geral.....	42
7.1.CFC na Diretiva e o artigo 66.º do Código do IRC.....	42
7.2. <i>Hybrid mismatch arrangements</i> na Diretiva... e em Portugal?	43
7.3. <i>Hybrid mismatch arrangements</i> : a história que permite a antevisão do futuro...47	
Conclusão	51
Bibliografia, jurisprudência e outras fontes	53

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CE	Comissão Europeia
CFC	<i>Controlled Foreign Corporations</i>
CRP	Constituição da República Portuguesa
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estado-Membro
IBFD	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
n.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	Página
pp.	Páginas
SEC	Sociedade Estrangeira Controlada
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	<i>Vide</i>
§	Parágrafo

1. INTRODUÇÃO

1.1. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO AO TEMA

Nos últimos anos foram dados passos largos no sentido da liberalização do comércio e dos movimentos de capitais, desenvolveram-se transportes e comunicações e ganharam expressão técnicas e instrumentos de gestão ultra desenvolvidos. As liberdades jurídicas, há algum tempo afirmadas, assumiram um maior significado com a rutura dos constrangimentos tecnológicos e os entraves geográficos. Assistimos, assim, à transição de economias cada vez menos tradicionais para uma economia verdadeiramente global.

Esta liberdade traduz-se, essencialmente, na livre escolha do mercado de produção e de investimento. Assim, o planeamento fiscal assume, hoje, um papel tão natural como o planeamento societário ou sucessório, fazendo parte de qualquer decisão de gestão e sendo, assumidamente, um fator de preocupação de qualquer agente económico.

Em virtude do exposto, e dada a facilidade de manipulação do elemento de conexão *residência*, para além das razões de racionalidade económica, assumem particular relevância nas decisões dos agentes económicos também as razões fiscais.

Deste modo, há uma linha que se impõe traçar entre o que seja uma escolha lícita da jurisdição de atuação e uma determinação da residência através de meios artificiosos ou fraudulentos, contra o verdadeiro objetivo da lei¹. Ora, se é incontornável a liberdade de os contribuintes escolherem como organizam as suas estruturas de forma a poderem beneficiar de taxas de tributação mais reduzidas e, inclusivamente, duplas deduções ou deduções sem a correspondente inclusão², é essencial a definição da abordagem desta realidade que vamos assumir. Efetivamente, sendo o critério da residência facilmente manipulável, em muitas operações está aberta ao contribuinte a possibilidade de atuar contra o verdadeiro objetivo da lei, aproveitando-se das assimetrias entre sistemas fiscais nacionais com o fim último de reduzir a sua fatura fiscal. A linha que se impõe traçar

¹ A este respeito, vd. MARJAANA HELMINEM, *EU Tax Law – Direct Taxation*, p.134: “[t]ax planning based on taking an advantage of the differences in the tax systems of different states is completely acceptable, to a certain limit. It is not always clear, however, as to where the line is drawn between acceptable tax planning and tax avoidance that cannot be accepted from the perspective of the internal market and the TFEU freedoms”.

² Possibilidade que é, aliás, amplamente admitida pelo TJUE nos acórdãos C-264/96 *ICI*, § 26, C-364/01 *Barbier*, C-212/97 *Centros*, C-167/01 *Inspire Art*, C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* e C-294/97 *Eurowings* e, ainda, expressamente no Plano de Ação BEPS, onde se pode ler que “[a] não tributação ou a baixa tributação não é por si só motivo de preocupação, mas torna-se motivo de preocupação quando associada a práticas que segregam artificialmente os rendimentos tributáveis das atividades que os geram”, OCDE (2014), *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, OECD Publishing, Paris, p. 12.

deverá, precisamente, afastar as situações em que existe uma escolha lícita, com substância, da jurisdição de presença, daquelas situações em que, sem qualquer substância económica, se criam verdadeiras ficções com o único propósito de assegurar que os rendimentos escapam à tributação ou são dedutíveis numa jurisdição sem, contudo, serem incluídos na base tributável do outro Estado com o qual a situação se conecta.

Na verdade, ainda que uma entidade seja tida como residente num particular território, ser-lhe-á possível conseguir uma reduzida ou nenhuma tributação no seu país de residência, através, por exemplo, da criação de subsidiárias em Estados de baixa tributação, alocando-lhes funções, riscos e ativos. Aí criando um mínimo de realidade comercial, essas entidades dificilmente serão contestadas à luz dos instrumentos anti abusivos que têm sido desenvolvidos, já que, com grande probabilidade, cumprirão com o critério da substância económica que tem sido afirmado pelo TJUE e decalcado pelos vários Estados no seu ordenamento interno, na abordagem destas situações.

Os diferentes Estados, sensíveis ao impacto destes comportamentos nos seus orçamentos, ensaiam regimes que têm como fim último apurar a residência efetiva e real do contribuinte, detetar a substância da operação e, dessa forma, olhar além da estrutura económica construída, sem considerar cegamente as estruturas societárias criadas.

No plano internacional, a OCDE já há algum tempo reconheceu a necessidade de salvaguardar a efetiva tributação no Estado da residência. Também no mais recente Plano de Ação BEPS, essa premissa está bem patente ao longo de várias ações³. Neste estudo, iremos concentrar a nossa atenção na Ação 2 (“*Neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements*”) e na Ação 3 (“*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*”), onde se propõem medidas para prevenir a erosão da base tributável no Estado da residência.

Tendo em conta as deficiências que a experiência tem revelado ao longo dos anos das normas vigentes, que criam oportunidades claras para a erosão da base tributável e transferência de lucros, impõe-se um passo firme e coordenado dos vários legisladores

³ Vd. 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, *Foreword*: “[w]eakness in the current rules create opportunities for base erosion and profit shifting (BEPS), requiring bold moves by policy makers to restore confidence in the system and ensure that profits are taxed where economic activities take place and value is created”.

nacionais para controlar estes fenómenos e permitir a efetividade das iniciativas europeias e internacionais.

Assim, e com os recentes esforços no sentido de cooperação internacional com o foco na eliminação das causas deste fenómeno, impõe-se adotar um olhar crítico e ativo sobre a legislação interna e a sua harmonização e compatibilização com os recentes impulsos internacionais, de forma a, cumprindo o nosso papel ao nível interno, podermos contribuir para os objetivos afirmados no plano internacional.

Desta forma, e no que em particular ao direito interno diz respeito, vamos focar-nos na análise do modo como o legislador português abordou esta temática. Em concreto, procuraremos resposta para a questão de saber se o artigo 66.º do Código do IRC será uma verdadeira norma CFC, uma norma de transparência fiscal internacional ou mesmo nenhuma das duas. Pretendemos, com essa análise, fixar a imagem do panorama interno atual e, assim, procurar antecipar os desafios que se colocarão ao legislador português na transposição da norma relativa a *hybrid mismatch arrangements*⁴ da Diretiva antiabuso.

1.2. DELIMITAÇÃO

Não pretendendo nesta sede entrar na discussão sobre qual é, ou qual deveria ser, o princípio preponderante na formulação da legislação fiscal: se o princípio da fonte (como princípio de inquestionável validade pela forte conexão existente entre o país da fonte e a produção do facto tributário) ou o princípio da residência (cujas razões de validade são inúmeras)⁵, importa começar por notar que o critério da residência é, hoje, o critério legitimador por excelência do poder de tributar dos Estados.

Sendo este o nosso ponto de partida, e tendo a pretensão de assentar este estudo na base do que tem sido construído no ordenamento jurídico interno e, bem assim, no patamar em que nos encontramos no plano europeu e internacional, optámos por não questionar a validade do critério da residência como elemento de conexão primordial. Assim, partimos desta premissa, de modo a evitar análises especulativas e futuristas, sem qualquer ligação com a atualidade e os problemas concretos a que assistimos. Pretendemos, deste modo, que este estudo seja tão prático e pragmático quanto possível.

⁴ A tradução desta expressão para português gera algumas dificuldades, razão pela qual preferimos a referência a esta realidade pelo termo usado na gíria internacional. A expressão é traduzida na Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016 como “assimetrias híbridas”.

⁵ Neste sentido, vd., com maior desenvolvimento, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, pp. 223 - 231.

Esclarecida esta questão prévia, e não obstante o tema que nos propomos aqui desenvolver ser, em potência, um tema vastíssimo, é crucial uma delimitação clara do que pretendemos ou não tratar, sobretudo pela limitação do espaço de que dispomos.

Assim, não obstante começarmos com uma análise do direito interno, pretendemos que esta seja breve, pelo que, quanto às patologias de que as normas internas que analisamos possam padecer, apenas mencionaremos as que detetámos aquando da delimitação da realidade do direito interno português. Também no que respeita ao direito fiscal europeu e internacional, muito mais haveria por dizer, mas tivemos de seleccionar o imprescindível para o encadeamento lógico do caminho que nos propomos percorrer.

Deste modo, teremos sempre a consciência que este é um estudo onde o caminho a percorrer e as conclusões intermédias que vamos destapando devem ser entendidos como isso mesmo: a sequência necessária para, depois de desenhados os moldes do direito interno e as propostas da Diretiva antiabuso quanto a CFC e *hybrid mismatch arrangements*, confrontarmos os dois planos e compreendermos o que falta ao direito interno para a transposição dessas normas da Diretiva adotada no plano europeu.

1.3. SEQUÊNCIA

É nosso objetivo, neste estudo, compreender os desafios que se colocarão ao legislador português na transposição das normas relativas a entidades e instrumentos híbridos da Diretiva (UE) n.º 2016/1164.

Para esse fim, propomo-nos rever as normas do artigo 6.º e do artigo 66.º do Código do IRC, procurando enquadrá-las conceptualmente e analisar as soluções aí contidas para chegarmos à imagem clara do ponto em que nos encontramos e o caminho que falta percorrer.

Na segunda parte do estudo, focar-nos-emos na Diretiva (UE) n.º 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, em particular nas normas relativas a *hybrid mismatch arrangements* e SEC.

Feito este enquadramento, voltaremos a olhar o direito interno, mas sob o prisma do direito europeu.

Por fim, e tendo em conta que os Estados-membros deverão adotar, até 31 de dezembro de 2018⁶, as disposições necessárias para dar cumprimento à Diretiva, apresentaremos a nossa sugestão de alteração legislativa, cujo impulso deverá ser tomado até, no limite, ao decorrer do ano de 2018.

Teremos ainda em consideração, neste estudo, a proposta da Comissão de Diretiva do Conselho, com normas relativas a *hybrid mismatch arrangements* em situações que envolvam países terceiros e estabelecimentos estáveis, de 25 de outubro de 2016.

⁶ Vd. artigo 11.º da Diretiva (UE) n.º 2016/1164.

2. TRANSPARÊNCIA FISCAL NO DIREITO INTERNO PORTUGUÊS

2.1. TRANSPARÊNCIA FISCAL INTERNA: O ARTIGO 6.º DO CÓDIGO DO IRC

Não obstante ser fundamental uma harmonização mínima entre os diferentes sistemas fiscais, não nos devemos esquecer da soberania de cada Estado para construir o seu sistema fiscal dentro das suas necessidades financeiras e de repartição dos rendimentos e da riqueza, que melhor se adequem ao seu estado de desenvolvimento e objetivos estratégicos.

Os Estados têm, assim, liberdade para definir quais os indicadores de capacidade contributiva que fazem nascer a obrigação tributária, quais as entidades que estão aí sujeitas a imposto e quais as que, pela sua estrutura ou localização aí devem ser desconsideradas para efeitos fiscais. Cada país tem, pois, soberania para decidir quais as sociedades que considera transparentes e quais as que considera opacas.

Ora, no que ao plano doméstico diz respeito, o regime de transparência fiscal encontra-se previsto no artigo 6.º do Código do IRC, nos termos do qual se imputa aos sócios a matéria coletável das sociedades aí elencadas. Desconsideram-se, assim, as sociedades como centro autónomo de imputação de rendimentos, para se tributar os lucros diretamente na esfera dos sócios. A quota-parte do sócio nos lucros gerados e ainda que não distribuídos na sociedade é, assim, para o legislador, manifestação de capacidade contributiva, de riqueza tributável.

As normas de transparência fiscal não têm necessária e invariavelmente de ter um pendor anti abusivo. Se olharmos, por exemplo, para uma sociedade de advogados (sujeita ao regime de transparência fiscal interno), percebemos que a aplicação deste regime não implica a verificação de uma intenção abusiva ou fraudulenta. Na verdade, as sociedades ditas de pessoas assentam na colaboração pessoal dos seus membros para o conseguimento de objetivos comuns. São, em rigor, um conjunto de pessoas que colocam em prática as suas aptidões profissionais tendo o capital, na maior parte das vezes, uma expressão mínima. As sociedades de profissionais são, pois, constituídas por indivíduos que, se fossem considerados isoladamente, seriam tratados como trabalhadores independentes, pelos rendimentos auferidos em virtude da prestação de serviços efetuada sob o manto societário. O rendimento que é imputado aos sócios será, consoante os casos, rendimento da categoria B para efeitos de IRS, se a atividade da sociedade for equivalente à atividade desempenhada pelo sócio individualmente considerado, ou rendimento da

categoria E, nos casos em que a atividade desenvolvida pela sociedade não corresponder à atividade desempenhada pelo sócio.

A confirmar este entendimento, está o preâmbulo do Decreto-lei que aprovou o referido regime⁷. Os objetivos do regime então aprovado aí afirmados são unicamente a prossecução da neutralidade fiscal, no sentido de ser equivalente, em termos de tributação em sede de imposto sobre o rendimento, o exercício de uma atividade individualmente e através de uma estrutura organizada empresarial⁸, o combate à fraude e evasão fiscal (mormente impedindo que a forma societária seja utilizada como meio de diminuição da carga fiscal e permitindo um maior controlo das operações) e, por fim, e talvez o principal, a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos aos sócios⁹.

Assim, o motivo fundamental para a criação e afirmação deste regime é ultrapassar as barreiras da aparência jurídica para melhor vislumbrar a realidade dos factos sem, com isso, se pretender exclusivamente evitar situações de fraude ou evasão fiscal.

2.2. TRANSPARÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL NO CÓDIGO DO IRC?

Se percorrermos todo o Código do IRC, percebemos que, em rigor, não existe nenhuma norma equivalente ao artigo 6.º que se aplique a entidades com sede ou direção efetiva no estrangeiro. Não existe, na verdade, no nosso Código, uma norma que seja estritamente uma norma de transparência fiscal internacional. O que temos, com mais semelhanças, é a norma do artigo 66.º, comumente apontada como norma CFC portuguesa. Mas vejamos.

As normas CFC, à semelhança do que acontece com as normas de transparência fiscal interna, visam tributar os sócios pela sua participação nos lucros de uma entidade coletiva. Não obstante, distinguem-se das segundas na medida que estas têm tendencialmente como propósito primordial combater estruturas abusivas. Acresce que,

⁷ Decreto-lei n.º 442.º-B/88, de 30 de novembro.

⁸ Como afirma RUI DUARTE MORAIS, “[p]rocurou-se evitar que o valor do imposto a pagar dependa da forma jurídica adotada, minimizando as diferenças existentes, ao nível da determinação do rendimento tributável, entre aqueles que optem por titular individualmente as suas empresas ou fazê-lo através da constituição de uma sociedade” vd. Cadernos de Justiça Tributária, n.º 7, Janeiro/Março 2015, p. 6 .

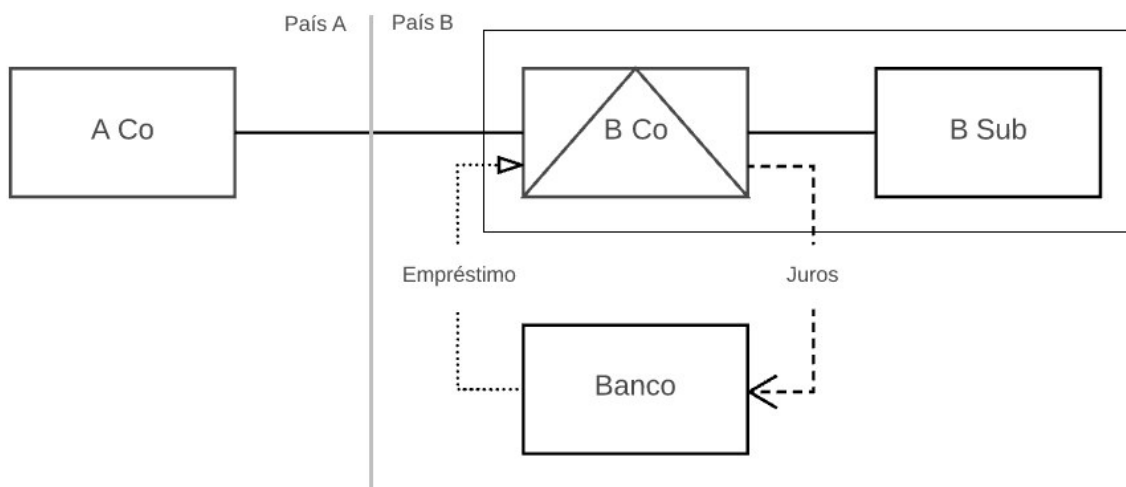
⁹ Que, de outro modo, seriam tributados num primeiro momento, em sede de IRC, de que é sujeito passivo a própria sociedade e, num segundo momento, aquando da sua distribuição, na pessoa dos sócios em sede de IRS ou IRC (dependendo da sua qualidade de pessoa singular ou pessoa coletiva). O que resulta da aplicação do regime de transparência fiscal interna é, pois, a desconsideração desse primeiro momento de geração de lucro na esfera da sociedade para o imputar diretamente na esfera dos sócios, independentemente da sua distribuição.

o que acontece no regime de transparência fiscal é a desconsideração da entidade transparente e consequente imputação dos seus lucros aos sócios. Por sua vez, o resultado normal da aplicação de uma norma CFC é, não a desconsideração da entidade jurídica controlada, mas sim a ficção de uma distribuição imediata de rendimentos¹⁰. O que está em causa não é a ficção de que os lucros da entidade estrangeira são lucros da sociedade-mãe, mas, tão somente, a ficção de distribuição dos lucros ou rendimentos obtidos no período de tributação em que são gerados. O que ocorre, como veremos, é não a tributação de um lucro, mas sim de um dividendo presumido.

Acresce que, a norma CFC apenas prevê a imputação de *lucros ou rendimentos* ao passo que uma norma de transparência fiscal internacional imporá a imputação de *matéria coletável* (ou seja, lucro ou prejuízo). Vejamos o impacto prático desta divergência.

¹⁰ Para RICARDO DA PALMA BORGES, a norma CFC portuguesa trata rendimento imputável como uma combinação entre um dividendo presumido e um regime puro de transparência fiscal, mas mais próximo do dividendo presumido (“rendimento fiscalmente distribuível”). Segundo o autor, este conceito é baseado no de rendimento e afasta-se do de dividendo, desde logo porque, em termos contabilísticos e legais, a CFC pode, no futuro, estar em condições de distribuir mais ou menos dividendos que este rendimento fiscalmente distribuível. Em segundo lugar, para o rendimento imputado poder ser rigorosamente qualificado como dividendo presumido, isso implicaria, na esfera da CFC, deduzir ou creditar do *rendimento fiscalmente distribuível*, o imposto que poderia eventualmente vir a ser devido nas distribuições de dividendos de acordo com a jurisdição CFC. O mesmo é dizer que, na prática, o que o sistema português de imputação faz é deduzir o imposto que incide sobre o lucro operacional da CFC e não deduzir ou creditar o imposto eventualmente devido sobre os dividendos que o território de tributação privilegiada poderá aplicar na fonte sobre o destinatário dos dividendos que constituem rendimento e são fiscalmente atribuíveis à esfera de uma diferente entidade legal. Em suma, o autor sublinha que, num sistema puro de dividendo presumido, ter-se-ia imediatamente em consideração uma tributação ficcionada no Estado da fonte do dividendo, e automaticamente garantir-se-ia um crédito fiscal ou se impediria uma dedução como custo fiscal para aquele montante no momento da imputação. Não obstante, a prevenção da dupla tributação, numa distribuição futura, no nível da entidade portuguesa, faz-se através da atribuição à base tributável do dividendo e dedução dessa base dos montantes que foram previamente imputados, pela aplicação da norma CFC. Isto significa que, para estes efeitos, o *rendimento fiscalmente distribuível* é convertido em dividendo distribuído no momento da efetiva distribuição (lógica mista de antecipação de tributação), vd. “National Report – Portugal”, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*).

Figura 1¹¹:



Neste exemplo, A Co, B Co e B Sub são entidades relacionadas. A Co, empresa residente no país A, tem uma participação na entidade B Co residente no país B. No país B, a empresa B Co é tratada como entidade opaca; no país A a mesma entidade é transparente (*regular hybrid*).

A empresa B Co pede um empréstimo ao Banco, paga juros anualmente e não tem qualquer outro rendimento. A empresa B Co e B Sub fazem parte do mesmo grupo. Deste modo, o grupo vai poder deduzir os juros pagos como remuneração do capital cedido através do empréstimo.

Como B Co apura prejuízos, a norma CFC, determinando exclusivamente a imputação de rendimentos ou lucros, não tem aplicação. Pelo contrário, se o País A dispusesse de uma pura norma de transparência fiscal internacional, o resultado fiscal de B Co seria imputado a A Co, independentemente de ser positivo ou negativo.

Fica, assim claro, que uma norma CFC não é uma pura norma de transparência fiscal internacional, não serve os seus propósitos nem culmina nos mesmos efeitos. Contudo, não é também exatamente, como veremos, uma pura norma antiabuso.

¹¹ Esquema retirado do Volume 2 do *International Tax Structures in the BEPS Era – An Analysis of Anti-Abuse Measures*, p.158.

3. O ARTIGO 66.º DO CÓDIGO DO IRC

3.1. SOLUÇÃO E *RATIO* SUBJACENTE

O regime da imputação a residentes em território nacional que detenham uma participação social correspondente a determinada percentagem mínima dos lucros obtidos por algumas sociedades não residentes tem aplicação em Portugal desde 1995.

Assim, nos termos do artigo 66.º, n.º 1 do Código do IRC, “[o]s *lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, direta ou indiretamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.*”

Deste modo, sempre que, independentemente da sua validade, a estrutura jurídica criada pelo sujeito passivo implicar a aplicação de uma taxa de IRC inferior a 12,6%, determina o artigo 66.º que os seus lucros ou rendimentos sejam diretamente imputados ao sócio residente em território nacional. Por força deste regime, a regra geral da tributação do sócio na sequência da distribuição de lucros é substituída por esta regra especial de tributação mediante imputação, independentemente da efetiva distribuição.

A análise objetiva e coordenada do preâmbulo do Decreto-Lei que aprovou este regime¹² e do artigo 66.º do Código do IRC, revela um claro contraste entre aqueles que foram os objetivos do legislador nacional e o que foi concretizado na norma efetivamente positivada.

É, assim, nos termos do preâmbulo do referido Decreto-Lei, objetivo do legislador “*contrariar a deslocalização de rendimentos para territórios (...) que assegurem um regime fiscal privilegiado [antecipando a] consideração para efeitos de tributação em Portugal dos lucros que cabem à participação do sócio residente*”.

Afirma-se, assim, nessa sede que se tomam “*duas medidas antiabuso com vista a contrariar a deslocalização de rendimentos para territórios que lhes assegurem um regime fiscal mais privilegiado*”: a criação de uma norma de inversão do ónus da prova da dedutibilidade de gastos decorrentes de pagamentos feitos a entidades situadas em

¹² Decreto-lei n.º 37/95 de 14 de fevereiro.

paraísos fiscais (que corresponde ao atual artigo 23.º-A, n.º 1, alínea r) do Código do IRC) e uma norma relativa a SEC. A que releva em particular para o nosso estudo (a norma do atual artigo 66.º) é introduzida com o propósito de “*contrariar a acumulação, por residentes, de resultados em sociedades por eles controladas*”¹³, *situadas em território que lhes concede um regime fiscal privilegiado, e decorre directamente do princípio da tributação numa base ilimitada dos rendimentos obtidos por residentes*”.

Nos termos do preâmbulo do referido Decreto-lei, “*consiste, assim, dado o carácter presumidamente instrumental da sociedade controlada, num simples regime de antecipação da consideração para efeitos de tributação em Portugal, dos lucros que cabem à participação do sócio residente*”. O regime traduz-se, assim, “*na imputação a este [sócio residente], independentemente de distribuição, da parte do lucro – após impostos – que lhe cabe, tendo em conta o capital social detido, mas com aplicação de um regime semelhante ao dos lucros distribuídos*”.

Do exposto retiramos, assim, que para o legislador de 95 a regra de que aqui nos ocupamos se traduzia, efetivamente, numa medida antiabuso. Ainda que de forma mais subtil, a afirmação de que a aplicação da regra CFC se traduz na imputação ao sócio residente de parte do lucro *após impostos* e com aplicação de um regime idêntico ao dos lucros distribuídos, leva-nos a crer que o lucro ou rendimento imputado nos termos do artigo 66.º deverá ser qualificado como um dividendo presumido. Daqui resulta, igualmente, de forma clara, não ter sido intenção do legislador criar um verdadeiro regime de transparência fiscal internacional já que, nesse caso, o que teríamos, como vimos, seria a imputação direta do resultado fiscal na esfera do sócio e consequente tributação.

Ora, sem prejuízo da afirmação destes desígnios, um olhar objetivo sobre o artigo 66.º até ao seu n.º 12¹⁴, leva-nos inevitavelmente à conclusão de que em momento algum o referido preceito se refere a *razões económicas válidas* ou *expedientes puramente artificiais*, o que nos pode levar à ilação de que este regime assenta mais numa lógica de aplicação direta da lei (à semelhança do artigo 6.º do Código do IRC), não encerrando em

¹³ No que respeita ao nível de controlo, a diretiva recomenda a detenção de mais de 50% de controlo sobre a SEC pelos acionistas residentes, de forma a abranger todas as situações em que a entidade controladora pode exercer uma influência decisiva sobre a SEC e, desse modo, para aí desviar lucros de forma artificial. Ora, não obstante este não ser o foco essencial do nosso estudo, não podemos deixar de referir que, a norma do artigo 66.º do Código do IRC se basta com uma detenção de 25% (ou 10% quando a sociedade estrangeira for detida em pelo menos 50% por sócios residentes), o que suscita a questão de saber se, no caso português, as situações que se pretende abranger são mesmo situações de controlo, na aceção da diretiva, ou se não terá o legislador português pretendido abranger também outros casos.

¹⁴ Introduzido pela Lei do Orçamento do Estado para 2012 (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Setembro).

si qualquer lógica anti abusiva. Caso assim se entendesse, a norma do artigo 66.º encerraria uma clara contradição face ao preâmbulo do diploma que a aprova, já que, como referido, se afirma nessa sede que o regime de antecipação da consideração dos lucros será aplicável em casos de carácter presumidamente artificioso da SEC.

De facto, só no n.º 12 do artigo 66.º encontramos referência às *razões económicas válidas*. Fiquemos com esta nota para voltarmos a esta questão em momento mais avançado deste estudo.

Por ora, reiteramos apenas que o artigo 66.º do Código do IRC sujeita a tributação os residentes que detenham pelo menos 25%¹⁵ de participações em sociedades sujeitas a um regime fiscal mais favorável, sem permitir a elisão da presunção (subjacente a este regime ao entender-se como regime antiabuso) de que a detenção de participações nessas sociedades tem um *animus* de fuga à tributação em território nacional. Essa opção surge, precisamente, com a adição do n.º 12, para alguns casos.

É curioso reparar que o n.º 12 tem uma redação (e introduz um *modus operandi* para os casos aí previstos) completamente diferente, desde logo porque faz depender a imputação da circunstância de o sujeito passivo ser capaz de provar que a SEC não foi constituída com intuito fraudulento. Assim, nos termos do referido preceito, quando esteja em causa uma entidade estabelecida num Estado-membro ou num Estado do EEE, o contribuinte demonstre que “*a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas*” e que “*esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços*”, não tem aplicação o regime de imputação previsto nesse artigo.

3.2. EM PARTICULAR, O N.º 12 DO ARTIGO 66.º

A este propósito, abrimos aqui apenas um breve parêntesis para se compreender o contexto em que foi aditado este n.º 12 à norma portuguesa.

Para entendermos o contexto no qual foi introduzido o n.º 12, tem importância fazer um excuro pequeno sobre alguma jurisprudência do TJUE, fazendo uma breve referência a algumas decisões emblemáticas que influenciaram a UE (e, para o que aqui

¹⁵ Essa percentagem será de apenas 10% quando, nos termos do n.º 2 do artigo 66.º do Código do IRC, pelo menos 50% das participações forem detidas por sujeitos passivos de IRS ou IRC residentes em território português.

relewa, Portugal), a dar mais um passo na harmonização das normas anti abusivas com as liberdades fundamentais afirmadas no TFUE¹⁶.

De *Lankhorts-Hohorst*¹⁷, retiramos a importante conclusão de que os Estados-membros são livres de adotar as medidas anti abusivas que considerem adequadas à proteção do seu sistema tributário. É desta premissa que devemos sempre partir. No mesmo sentido, em *Marks & Spencer*¹⁸ o Tribunal reforça a ideia de que “[o]s Estados membros permanecem livres de adoptar ou manter em vigor as normas que tenham por objectivo específico excluir a aplicação de benefícios fiscais em caso de expedientes puramente artificiais cuja única finalidade seja a de contornar a lei fiscal nacional”.

Ora, no diz respeito às normas antiabuso, uma das técnicas tradicionalmente mais utilizadas é a do recurso a presunções, ficções e cláusulas gerais.

No acórdão *Comissão vs França*¹⁹, o Tribunal conclui que qualquer medida que se traduza numa ingerência de uma liberdade fundamental e se traduza numa cláusula geral ou de exclusão automática de determinada categoria de sujeitos, será tida como excessiva e desconforme com o direito da UE, por desproporcionada.

Feito este enquadramento, no que em particular diz respeito à repartição do ónus da prova, o Tribunal propugna o entendimento de que esse tratamento deve ser deixado para o escopo interno da autonomia processual dos Estados. O que sempre relevará, conforme tem sido largamente afirmado na jurisprudência desde *Cadbury Schweppes*, é a possibilidade conferida ao sujeito passivo de demonstrar que a sua situação não se reconduz à finalidade concreta que motivou a criação da presunção. Assim, nos casos em que não seja conferida essa possibilidade ao sujeito passivo, de acordo com a jurisprudência consolidada deste tribunal, a medida ultrapassa o necessário para prosseguir a finalidade a que se propõe sendo, por isso, incompatível com o direito da UE.

O emblemático acórdão *Cadbury Schweppes*²⁰ é elucidativo desta postura do Tribunal.

¹⁶ Em particular, o artigo 49.º, relativo à liberdade de estabelecimento, o artigo 56.º, referente à liberdade de prestação de serviços e o artigo 63.º, relativo à liberdade de circulação de capitais.

¹⁷ Ac. do TJUE de 12.12.2002, *Lankhorts-Hohorst*, C-324/00.

¹⁸ Ac. do TJUE de 12.12.2005, *Marks & Spencer*, C-446/03.

¹⁹ Ac. do TJUE de 04.03.2004, *Comissão vs França*, C-334/02.

²⁰ Ac. do TJUE de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04.

Neste acórdão, o Tribunal vem defender que, “[o] *facto de um nacional da comunidade, pessoa singular ou colectiva, ter pretendido tirar partido do sistema fiscal mais vantajoso em vigor num Estado-membro diferente daquele em que reside não permite, por si só, que o mesmo seja privado da possibilidade de invocar as disposições do tratado*”. Deste modo “*o Tribunal de Justiça já decidiu que a circunstância de a sociedade ter sido constituída num Estado-membro com o objectivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não é, por si só, suficiente para concluir pela existência de uma utilização abusiva dessa liberdade*”²¹.

O Tribunal vem, no referido acórdão, afirmar que o diferente tratamento fiscal da legislação relativa a SEC é suscetível de criar um obstáculo ao exercício da liberdade de estabelecimento. Para passar o teste deste Tribunal a medida teria, assim, de se justificar por razões imperiosas de carácter geral. Ultrapassado esse crivo, seria ainda necessário passar o teste da proporcionalidade, o que significa dizer que a norma restritiva teria de ser adequada a garantir a realização do fim por essa forma prosseguido, não podendo ultrapassar o necessário para o atingir.

Assim, o Tribunal esclarece que “[p]ara que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de iludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional”²².

O Tribunal acabou por concluir que uma norma que preveja a incorporação na matéria coletável de uma sociedade residente de um EM dos lucros realizados por uma entidade controlada residente noutro EM, quando esses lucros estão aí sujeitos a um nível reduzido de tributação é incompatível com o direito da UE, a menos que essa incorporação diga exclusivamente respeito aos expedientes puramente artificiais, criados com o fim de contornar o imposto nacional devido.

Feita esta revisão da jurisprudência do TJUE, compreendemos ter sido inevitável a adição do n.º 12 ao artigo 66.º, por motivos de coerência e harmonia com o entendimento consolidado deste Tribunal.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

Sem prejuízo de voltarmos a este tema mais à frente neste estudo, uma leitura atenta do artigo 66.º leva-nos a concluir que, até ao seu n.º 12, se ficciona uma realidade e se lhe atribuem consequências sem, em momento algum, por um lado se referir o conceito de *expedientes puramente artificiais* e, por outro e em consequência, se permitir que o sujeito passivo ilida a presunção da sua existência.

Assim, e sem prejuízo de uma análise mais cuidada do tema (dependente, desde logo, da natureza que atribuamos ao artigo 66.º do Código do IRC), o TJUE, através da jurisprudência já referida, veio clarificar não ser, em princípio, possível a utilização de presunções inilidíveis, sem a conseqüente violação de liberdades fundamentais (tal como o Tribunal Constitucional tem também afirmado). Voltaremos a este tema mais adiante.

Fechando-se o parêntesis anteriormente aberto, a primeira questão a colocar é, assim, evidente: qual a natureza do artigo 66.º do Código do IRC?

3.3. NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO

Não obstante grande parte da doutrina partir do pressuposto, dado como assente, de que a norma do artigo 66.º consubstancia uma norma antiabuso, entendemos não ser unívoco que assim seja, razão pela qual nos detemos, neste estudo, na análise da sua natureza. Na verdade, vários autores, como veremos, analisam o artigo 66.º e a sua conformidade com o direito da UE numa fase subsequente, isto é, sem nunca se pronunciarem claramente sobre a sua natureza e classificação. Sendo um aspeto relativamente ao qual nunca existirá uma resposta completamente certa (o que provavelmente justifica que ninguém tenha procurado classificar assertivamente a norma do artigo 66.º), entendemos ser este um tema incontornável quando falamos na transposição da Diretiva antiabuso, pelo que ensaiaremos uma resposta para a sua classificação.

Esta necessidade de qualificação é, na verdade, inevitável quando nos deparamos com a necessidade de transposição da Diretiva antiabuso, desde logo para perceber qual o nosso ponto de partida e onde temos de chegar (o mesmo é dizer, o que falta ao direito interno para estar em harmonia com as soluções da nova Diretiva).

Ora, para RUI DUARTE MORAIS²³, o que está em causa, efetivamente, não é qualquer abuso do sujeito passivo através da construção de uma realidade de modo a que

²³ RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado: Controlled Foreign Companies – o art.º 60.º do C.I.R.C.*

possa cair no escopo de uma outra norma mais favorável. Segundo este autor, independentemente da intencionalidade que presidiu à criação da norma CFC, o comportamento do contribuinte é perfeitamente legítimo, não existindo qualquer abuso. Nesta linha de raciocínio, afirma o autor que o que o legislador ensaia é um mero alargamento da incidência real das normas de tributação, ficcionando como rendimento dos sócios residentes a correspondente quota no lucro da sociedade-base. Trata-se, assim, de uma opção em relação à incidência do imposto e não de um particular problema relacionado com a evasão fiscal.

Não obstante, o referido autor avança afirmando que “*aqueles que se socorrem de sociedades-base para afastar a tributação no seu país de residência serão, porventura, os menos dispostos a colaborar com o Fisco*”, o que nos leva a crer que, com grande probabilidade, a criação dessas sociedades não será inocente e, mais, que esses contribuintes “*sabem ser mínimo o risco de a evasão que assim cometem ser detetada*”²⁴. O que daqui se depreende, na verdade, é que, para este autor, não obstante a prática ser de elisão fiscal (e, em consequência, abusiva), a *ratio* da norma não tem pendor anti abusivo. É precisamente neste ponto que não podemos concordar, desde logo face aos objetivos afirmados pelo legislador de 95, que parecem ser incompatíveis com este entendimento²⁵.

A opinião da maioria da doutrina é a de que o artigo 66.º do Código do IRC tem, pelo menos, a pretensão de ser uma norma anti abusiva²⁶.

Neste sentido, MANUELA DURO TEIXEIRA²⁷, para quem o regime português de imputação previsto no referido artigo é um regime *sui generis* que se baseia numa norma antiabuso específica em sentido estrito.

Para GUSTAVO LOPES COURINHA²⁸, a norma do artigo 66.º do Código do IRC consubstancia uma norma especial antiabuso.

²⁴ *Idem.*

²⁵ Vd. Ponto 2.1. deste estudo.

²⁶ Como bem afirmam ANTÓNIO NEVES, CARLOS LOBO, JOÃO SOUSA, PAULO MENDONÇA e PEDRO PAIVA em *O Novo IRC*, “*as regras de CFC visam ser uma norma anti-abuso para os grupos portugueses que utilizam estruturas mais agressivas de planeamento fiscal*” (com sublinhado nosso), pp. 214 - 215.

²⁷ Vd. MANUELA DURO TEIXEIRA, “A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas”, p. 685.

²⁸ Vd. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*.

Ora, efetivamente, o que se pretende com o artigo 66.º é remendar um espaço que se cria na “malha” tributária através da deslocalização de lucros ou rendimentos para territórios cujo regime fiscal permite uma tributação mais favorável.

Em face do exposto, em coerência com a *ratio* do preceito e, bem assim, com a sua evolução²⁹, impõe-se concluir dever o artigo 66.º do Código do IRC ser entendido como uma verdadeira norma anti abusiva, ainda que dotada de particularidades que lhe conferem uma natureza atípica ou especial.

Se assim é, a primeira conclusão a que chegamos é a de que, no direito interno português, existe norma de transparência fiscal interna e norma CFC antiabuso, não se prevendo um regime de transparência fiscal *proprio sensu* também para sociedades domiciliadas no estrangeiro. Não se verificam os mesmos motivos para a existência de um regime de transparência fiscal internacional? Não existirá, também em situações transfronteiriças, uma necessidade de abolir a dupla tributação económica? Serão, em todos os casos, as situações de sócios residentes em Portugal de SEC, casos de elisão fiscal³⁰?

²⁹ Referimo-nos, em particular, ao n.º 12 do artigo 66.º cuja introdução veio acrescentar mais força à tese da natureza anti abusiva do mencionado artigo, nos termos desenvolvidos no ponto 2.2. deste estudo.

³⁰ Ensaiaremos responder a este tema no ponto 6.1. do nosso estudo, para o qual remetemos.

4. DIRETIVA (UE) 2016/1164

Em virtude de chegarmos a uma boa análise do regime previsto no Código do IRC, não podemos deixar de percorrer as mais recentes iniciativas europeias e internacionais no sentido de reforçar o nível de proteção contra o planeamento fiscal agressivo.

A OCDE apresentou, em Outubro de 2015, o Plano de Ação BEPS, afirmando o objetivo essencial de recuperar a confiança no sistema e assegurar a tributação dos lucros no local onde são desenvolvidas as atividades que os originam e onde é gerado valor.

Este plano assenta em quinze ações que se fundam em três pilares fundamentais: a coerência das normas internas que afetam atividades transfronteiriças, o reforço dos requisitos de substancialização das operações nos instrumentos internacionais existentes e a melhoria da transparência e da segurança e certeza jurídicas.

Na sequência dos relatórios finais da OCDE contra a BEPS, foi publicada, no dia 12 de julho de 2016, a Diretiva (UE) 2016/1164, conhecida como Diretiva anti elisão. Com a adoção desta Diretiva, a Comissão expressou a consciência da necessidade de encontrar soluções coerentes com as conclusões da OCDE sobre a BEPS³¹, garantindo que o imposto seja pago no país onde o valor for gerado e, essencialmente, restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais, permitindo que os Estados possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal.

A Diretiva prevê, assim, aquilo que considera ser o grau mínimo essencial de coordenação, tendo em vista melhorar a resiliência do mercado interno no seu conjunto contra as práticas de elisão fiscal transfronteiras.

Para esse fim, a referida Diretiva “*estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno*”³², nomeadamente limitações à dedutibilidade de juros, tributação à saída, regra geral antiabuso, regras relativas às SEC e regras para combater os *hybrid mismatch arrangements*.

³¹ “The European Union fully supports the OECD/G20 BEPS conclusions. As it is essential for the EU that Member States implement the OECD/G20 BEPS outcomes in a coordinated way”, vd. Commission Staff Working Document Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries {COM(2016) 687 final}.

³² Vd. preâmbulo da Diretiva.

A execução das disposições gerais previstas nesta Diretiva é deixada aos Estados-membros, já que se considera que estes estarão em melhor posição para definir os elementos específicos destas normas, de forma a ser atingida uma melhor adequação dos sistemas à realidade do seu país.

Assim, a Diretiva assenta numa dupla prerrogativa: se, por um lado, se pretende encontrar uma solução mais harmonizada que permita a concretização das prioridades a nível internacional no que em particular diz respeito à erosão das bases tributáveis e transferência de lucros para fora do mercado interno, por outro pretende-se que as disposições da Diretiva constituam o mínimo indispensável, de forma a não aniquilar a soberania dos Estados-membros no que concerne à tributação e, acima de tudo, permitir uma modulação das normas de exigência mínima àquela que seja a realidade prática dos diferentes Estados³³.

4.1. EM PARTICULAR, A NORMA DO ARTIGO 7.º DA DIRETIVA

No que diz respeito às regras relativas às SEC, em termos simples, o que se prevê na Diretiva³⁴ é a retribuição à sociedade-mãe dos rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação.

Nos termos da Diretiva, o Estado-membro de um contribuinte deverá tratar como SEC, uma entidade ou estabelecimento estável quando, cumulativamente, se verificarem os seguintes pressupostos:

- (i) O contribuinte detenha (por si só ou conjuntamente com as empresas associadas), direta ou indiretamente um mínimo de 50% dos direitos de voto, do capital ou tem direito a receber mais de 50% dos lucros dessa entidade; e

³³ Concordamos que assim seja. Como bem afirma ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA em “A residência, a fonte e a tributação”, pp. 282 - 283, “*o modelo de organização de uma determinada comunidade deve ser determinado de acordo com as preferências dos seus constituintes. (...) A menor carga fiscal de uns não se deve impor ao modelo de outros, e vice-versa. Os homens não têm de servir modelos de organização social ou prestar-lhes homenagem. Os modelos é que têm de servir o homem de acordo com o seu critério e a apreciação que este deles faça. É aliás importante para todos que se mantenham diversidades de experiências e se vão afinando modelos diferentes, uma vez que parece claro que muitas circunstâncias, incluindo as idiosincrasias (mentalidades) de cada povo, determinam a validade dos modelos possíveis. Na medida em que as mentalidades evoluam, outros modelos poderão vir a ser adoptados em cada momento, mas o que não parece ser «eficiente» para utilizar linguagem económica, é impor um modelo ou ideologia única, de direito ou de facto, fazendo tábua rasa das diferentes condições e estádios de desenvolvimento de cada comunidade organizada”.*

³⁴ Vd. Artigo 7.º da Diretiva.

- (ii) A diferença entre o imposto que seria devido no Estado-membro do contribuinte e o imposto efetivamente pago no Estado da sociedade potencialmente qualificada como estrangeira controlada seja superior ao imposto aí efetivamente pago.

É, contudo, excluída a aplicação do regime quando a SEC desenvolver uma atividade económica substantiva. Não obstante, a Diretiva deixa ao critério dos Estados-membros, a possibilidade de não aplicar esta exceção quando a SEC seja residente ou esteja situada num país terceiro que não seja parte no Acordo do EEE³⁵.

4.2. O ARTIGO 9.º DA DIRETIVA

No que respeita aos *hybrid mismatch arrangements*, a Diretiva estabelece uma correlação direta (*linking rule*), nos termos da qual, quando se verifique uma dupla dedução em resultado de um *hybrid mismatch arrangement*, essa dedução apenas deverá ser concedida no Estado-membro em que esse pagamento tenha origem. Quando, por sua vez, o resultado for uma dedução sem inclusão, a dedução deverá ser recusada pelo Estado-membro pagador³⁶.

A solução consagrada na versão final da Diretiva resume-se a dois números e aparenta ser bastante simples. Trata-se, pois, de normas que fazem depender o tratamento fiscal que é dado a um determinado pagamento ao tratamento que lhe é conferido no outro Estado em presença.

Na perspetiva dos vários direitos internos, o artigo 9.º, na sua redação atual, deverá operar através da negação da dedução de um pagamento quando, em alternativa, o mesmo pagamento tenha sido deduzido no outro Estado ou não tenha sido incluído no Estado de destino³⁷.

³⁵ Esta possibilidade conferida aos Estados-membros é, na verdade, hipotética, por colidir com o princípio da livre circulação de capitais (como veremos, adiante, a propósito do artigo 66.º do Código do IRC), que constitui direito primário da UE. O foco do Direito da União essencialmente na harmonização do direito da UE com os vários direitos internos e conseqüente ausência de compatibilização entre o próprio direito primário e secundário da União é um tema sensível sobre o qual não temos oportunidade de nos alongar nesta sede. Para um maior desenvolvimento, vd. RITA SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Fields of Taxation*, para o qual remetemos.

³⁶ Vd. Figura 1 (dedução sem inclusão com recurso a um *regular hybrid*) e Figura 2 (dedução sem inclusão com recurso a um *reverse hybrid*).

³⁷ A mecânica das normas internas anti *hybrid mismatch arrangements* deverá ser, como veremos adiante, semelhante à do artigo 23.º-A do Código do IRC, referente a encargos não dedutíveis para efeitos fiscais, que comporta tanto situações abusivas (como seja a situação da alínea r) do n.º 1 do referido artigo) como situações em que se pretende meramente desincentivar determinados tipos de despesas (como sejam as despesas confidenciais, através da alínea b) do mesmo artigo).

A norma do artigo 9.º, na sua redação atual, apenas contempla, porém, situações de *hybrid mismatch arrangements* entre Estados-membros da UE³⁸. Consciente deste problema, a Comissão aprovou, no dia 25 de outubro de 2016 uma proposta de nova Diretiva, precisamente no que diz respeito a *hybrid mismatch arrangements* em situações com países terceiros. Voltaremos ao tema mais tarde.

4.3. COORDENAÇÃO ENTRE AS SOLUÇÕES CFC E ANTI *HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS*

A consideração simultânea das normas CFC e contra *hybrid mismatch arrangements* tem sido apontada não só como conveniente mas verdadeiramente necessária. Será assim também no que respeita ao ordenamento jurídico nacional?

De facto, as normas CFC e as normas contra *hybrid mismatch arrangements* têm em comum a circunstância de, na perspetiva do país da residência da entidade que detém participações noutra entidade, se pretender evitar a transferência artificial de lucros para entidades localizadas em países onde a tributação é diminuta. O que se pretende é, assim, proteger a base tributária no país da residência.

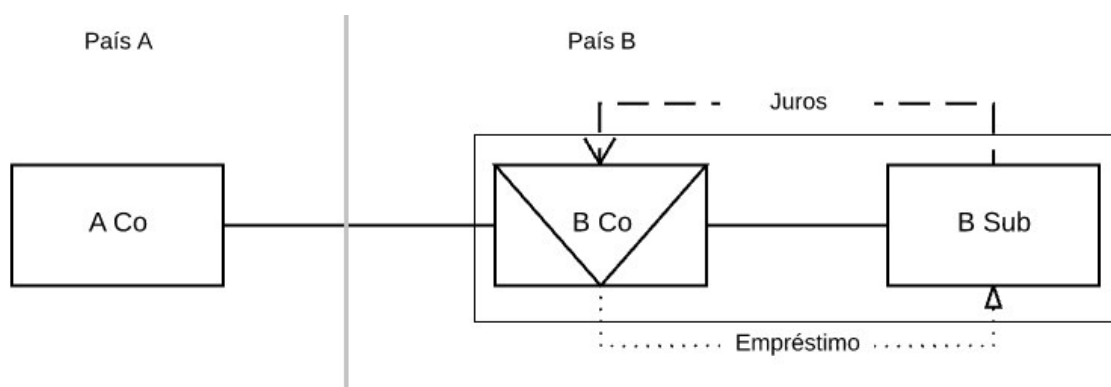
Deste modo, as normas CFC podem, em hipótese, ser também uma boa resposta para *hybrid mismatch arrangements*, em particular os decorrentes da existência de entidades híbridas³⁹.

Vejamos duas situações de *hybrid entity mismatch* e como pode, uma norma CFC, não remediar mas mesmo evitar o *mismatch* decorrente da natureza híbrida de uma entidade.

³⁸ A ficar como está, esta norma resulta num desequilíbrio entre as soluções aplicáveis na UE e em Estados terceiros, o que frustra completamente o objetivo de evitar a erosão da base tributável dos contribuintes na UE, consubstanciando um incentivo à situação oposta: a deslocalização, para fora da União, das suas fontes de rendimento, aí evitando a tributação.

³⁹ Neste sentido, vd. *International Tax Structures in the BEPS Era: An analysis of Anti-Abuse Measures*, pp. 171 – 172. Indo ainda mais longe, OANA POPA, defende que as normas CFC devem ser consideradas como um possível meio não só nos casos de *hybrid mismatches* com recurso a *reverse hybrids*, mas também *regular hybrids*: “The author believes that CFC rules should be further considered also in respect of other hybrid entity mismatches, and not only for arrangements making use of reverse hybrids. If the OECD were to further consider this aspect in the context of Action 3 and work towards drafting adapted CFC recommendations, CFCs and hybrid entity mismatches could become a common topic from the perspective of residence countries, decreasing the administrative burden of having to deal with several sets of anti-avoidance measures. Otherwise, countries might choose to independently improve the scope of their CFC rules to cover hybrid entity mismatches or – if such legislation is not in force – might opt to introduce CFC rules with the same effect”, vd. Ob. Cit., pp. 156 – 184.

Figura 2⁴⁰:



A Co, B Co e B Sub são entidades relacionadas. A empresa A Co é residente no País A e tem participações na entidade B Co, estabelecida no País B. B Co é opaca no país A e transparente no país B (*reverse hybrid*). A empresa B Sub recebe um empréstimo de B Co, que recebe os juros correspondentes. Apesar de o gasto com juros ser dedutível no país B, o incremento patrimonial correspondente da entidade B Co não será aí tributado uma vez que, para o país B, esse é um incremento patrimonial da entidade A Co. No país A também não haverá tributação porque aí se considera que B Co é uma entidade opaca, logo, seria aí que seria devida tributação. Esta hipótese resulta, assim, na dedução no país B sem a correspondente inclusão (quer no país A, quer no país B).

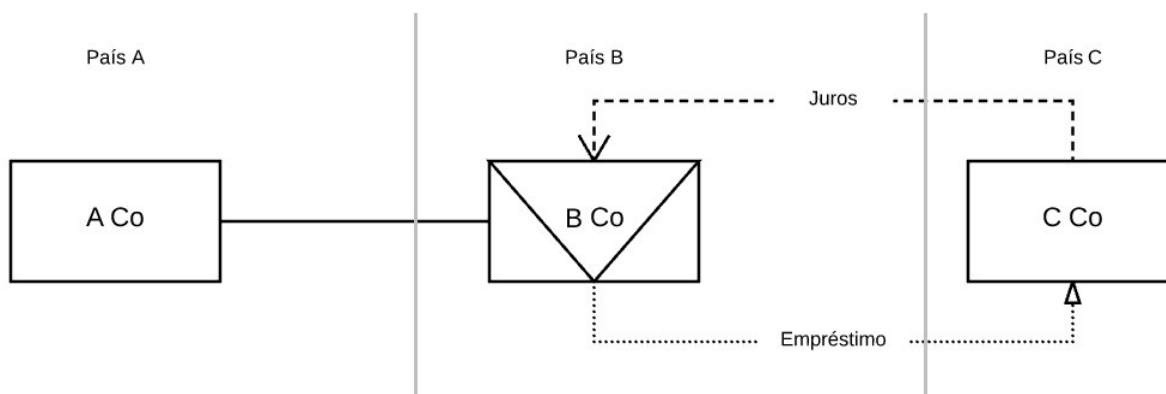
Nesta hipótese, em resultado da aplicação da norma CFC, os lucros de B Co seriam diretamente imputados a A Co e aí tributados, tal como defende MANUELA DURO TEIXEIRA, para quem “a imputação não é devida para além do primeiro nível de sociedade com tributação privilegiada que se encontra na cadeia de participações descendente”, e cujo entendimento acompanhamos neste ponto.⁴¹

Caso aplicássemos o artigo 9.º da Diretiva, se o País A fosse um Estado-membro, o incremento patrimonial resultante do recebimento de juros por B Co seria aí tributado. Caso o País A fosse um país terceiro e o País B um Estado-membro, então o País B deveria negar a dedução dos juros aos proveitos do grupo B.

⁴⁰ Esquema baseado em figura do Volume 2 do *International Tax Structures in the BEPS Era – An Analysis of Anti-Abuse Measures*, p. 160.

⁴¹ Vd. MANUELA DURO TEIXEIRA, “A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas”, p. 665.

Figura 3⁴²:



A Co, B Co e C Co são entidades relacionadas. Nesta hipótese, a empresa A Co é residente no país A e tem participações na entidade B Co, entidade estabelecida no país B. A entidade B Co é tida como transparente no país B e como opaca no país A (*reverse hybrid*). A empresa C Co recebe um empréstimo da entidade B Co. Não obstante o gasto com juros ser dedutível no país C, o incremento patrimonial correspondente no país B não será tributado uma vez que é aí desconsiderado para efeitos fiscais. O recebimento dos juros também não será tributado no país A uma vez que, aí, a entidade B Co é uma entidade opaca, pelo que a competência para tributar seria sempre do país B. Esta hipótese resulta, assim, na dedução (no país C), sem a correspondente inclusão.

O pagamento de juros de C Co a B Co é dedutível no país C. Contudo, o pagamento não será tributado nem no país A nem no país B.

Neste caso, da aplicação da norma CFC resultaria a imputação dos lucros de B a A (no pressuposto de se verificarem os pressupostos de que depende a sua aplicação).

Caso aplicássemos a norma anti *hybrid mismatch arrangements*, o recebimento dos juros deveria ser tributado no País A. Caso o país A fosse um país terceiro, e o País C Estado-membro, então este país deveria negar a dedução dos juros pagos em virtude do empréstimo.

Nestes casos de *hybrid mismatch arrangements* com recurso a *reverse hybrids*, a OCDE, nas primeiras recomendações anti BEPS de setembro de 2014, já sugeria a criação apenas da norma principal (nos termos da qual quando um *hybrid mismatch* resulte numa

⁴² Esquema retirado do Volume 2 do *International Tax Structures in the BEPS Era – An Analysis of Anti-Abuse Measures*, p.160.

dedução sem correspondente inclusão, o Estado pagador deve recusar a dedução), já que, de acordo com essas recomendações, uma *defensive rule* (determinando que, se o Estado pagador não recusar a dedução, o Estado do credor deve incluir esse incremento patrimonial no seu lucro tributável) seria desnecessária, em virtude de, nesses casos, a situação poder ser evitada pela aplicação de normas como as normas CFC.

Sendo razoavelmente pacífico que as normas CFC têm potencial para dar uma boa resposta a problemas decorrentes de *hybrid mismatch arrangements*⁴³, em hipótese, mais adiante neste estudo perceberemos não ser essa uma hipótese viável no âmbito do nosso regime interno.

⁴³ Como é largamente afirmado na Ação 2 do Plano BEPS, em particular no *Chapter 5*, onde se pode ler que “[p]ayments made through a reverse hybrid structure will not result in D/Ni outcomes if the income is fully taxed under a CFC (...) in the investor jurisdiction, that requires the investor to include its allocated share of any payment of ordinary income made to the intermediary on a current basis”. Assim, “[t]reating income allocated by a reverse hybrid as taxable under the laws of the investor jurisdiction would have the effect of neutralizing any hybrid mismatch under a payment to a transparent entity. Such a rule would ensure that the payer jurisdiction could suspend the application of a hybrid mismatch rule insofar as payments were allocated to investors in the investor jurisdiction”.

5. CONCLUSÕES PRELIMINARES: PATOLOGIAS DO REGIME INTERNO

5.1. O ARTIGO 66.º DO CÓDIGO DO IRC À LUZ DA CRP

5.1.1 O ACÓRDÃO TC 348/97

Voltemos ao plano interno.

Como vimos, a alteração ao artigo 66.º surge na sequência do acórdão *Cadbury Schweppes*, onde o TJUE veio claramente afirmar a impossibilidade, à luz do direito da UE, de existirem normas que se apliquem com base em presunções inilidíveis.

Não obstante, já em 1997 o Tribunal Constitucional português havia proferido uma decisão⁴⁴ que, quando confrontada com o artigo 66.º do Código do IRC, nos leva à verificação de mais um problema neste preceito: a sua potencial inconstitucionalidade. Se não vejamos.

Tendo concluído ser a norma CFC portuguesa uma verdadeira norma antiabuso, enfrentamos, desde logo um tema de (in)constitucionalidade deste dispositivo legal, por violação do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP e do princípio da tributação das empresas tendo por base essencialmente o seu rendimento real, previsto do artigo 104.º, n.º 2 da CRP⁴⁵.

Começando por este último, nos termos do artigo 104.º, n.º 2 da CRP, “[a] tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”. Adotou-se, assim, em Portugal, de entre as soluções típicas possíveis, a tributação dos lucros reais, ou seja, em princípio, dos lucros efetivamente gerados em cada ano. Na verdade, não foi ao acaso. A tributação real, ao permitir a personalização do imposto e consequente distribuição mais equitativa da carga fiscal, é preferível por razões de justiça e eficiência económica.

Independentemente deste pressuposto, e na esteira do referido acórdão, poderá “afirmar-se que da Constituição e nomeadamente do seu artigo 107º, nº 2 [atual artigo 104.º, n.º 2] (...) não pode retirar-se a conclusão de ser vedada entre nós a tributação de

⁴⁴ Vd. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 348/97, processo n.º 83/96, de 29.04.1997.

⁴⁵ Vd., neste sentido, MANUELA DURO TEIXEIRA, “A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas”, p. 685, para quem “[a]o tributar uma ficção de rendimento na esfera do detentor da participação na sociedade cujos lucros são objecto de imputação, o regime de imputação afronta o princípio constitucional da capacidade contributiva e, embora tenha um objectivo antiabusivo, constitui uma medida desproporcionada, o que a torna inconstitucional”.

rendimentos presumidos, ou a utilização de 'presunções' na determinação da base tributável".

O que, ainda na perspectiva do referido Tribunal, cabe indagar é se o legislador está ou não constitucionalmente limitado na utilização de presunções, ou seja, se lhe é proibida a utilização de presunções absolutas. Esta era a questão fulcral do acórdão e, também a que interessa em particular ao nosso estudo.

Ora, seguindo ainda o raciocínio do Tribunal, não podemos deixar de reiterar que, o estabelecimento, pelo legislador, de uma presunção cega e inilidível, sem conferir ao contribuinte a possibilidade de contrariar o facto presumido, sujeitando-o a uma tributação fundada numa matéria coletável fixada completamente à revelia do princípio da igualdade tributária, é contrário ao direito constitucional português.

Deste modo, como afirma CASALTA NABAIS (citado no referido acórdão), a criação de ficções legais com o fito de conferir uma maior certeza e simplicidade às relações tributárias, ao permitir uma imediata percepção dos impostos e evitar a fraude e evasão fiscal, *“tem de compatibilizar-se com o princípio em análise, o que passa, quer pela ilegitimidade constitucional das presunções absolutas na medida em que impedem o contribuinte de provar a inexistência da capacidade contributiva visada na respectiva lei, quer pela exigência de idoneidade das presunções relativas para apresentarem o pressuposto económico tido em conta”*⁴⁶.

Assim, o Tribunal Constitucional veio determinar que, a norma cuja inconstitucionalidade estava em discussão, era inconstitucional na parte em que não permitia a elisão da presunção de onerosidade dos mútuos efetuados pelas sociedades a favor dos respetivos sócios, por violar princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP.

5.1.2 O ARTIGO 66.º: PRESUNÇÃO OU FICÇÃO JURÍDICA?

No que em particular diz respeito ao artigo 66.º, antes de analisarmos a sua compatibilidade com o direito constitucional, temos de recuperar a questão de saber se a técnica aí utilizada é verdadeiramente uma presunção ou uma mera ficção jurídica⁴⁷, já

⁴⁶ JOSÉ CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*, p. 279.

⁴⁷ Na verdade, faltaria ainda aqui pelo menos uma opção: a de estarmos no domínio da transparência fiscal. Contudo, seguimos de perto, quanto a este aspeto, MANUELA DURO TEIXEIRA, para quem *“esta qualificação choca com o sentido que à expressão é atribuída pelos Códigos do IRS e do IRC, porque não se trata de imputar matéria colectável ou lucro tributável aos sujeitos passivos que dela são objecto, antes de considerar na determinação do lucro tributável dos mesmos sujeitos passivos um valor*

que, só relativamente às presunções o problema foi colocado perante o nosso Tribunal Constitucional. Acresce que, na verdade, o artigo 104.º, n.º 2 da CRP dispõe que a tributação assentará *fundamentalmente* sobre o seu rendimento real, pelo que poderá haver espaço para uma tributação ocasionalmente assente em rendimentos ficcionados sem que, com isso, se viole a CRP.

As ficções e as presunções distinguem-se, numa primeira análise muito intuitiva, pela intensidade da sua abstracção da realidade dos factos. As ficções criam direitos e obrigações, na medida que, através delas, se prescindem de uma realidade prévia, apenas a recriando, a ficcionando. São de aplicação automática e imperativa, não dependendo de qualquer observação prévia da realidade. Já as presunções, por sua vez, não criam direitos nem obrigações, antes se situando ao nível da prova. Assentam, assim, numa relação lógica com um facto conhecido, prescindindo da demonstração do facto desconhecido que se retira do primeiro. Visam, desse modo, facilitar ou mesmo desonerar uma das partes de fazer a prova de um facto desconhecido. Acresce que o recurso a uma presunção legalmente estabelecida é duplamente facultativo: em primeiro lugar, porque se se conseguir provar diretamente o facto presumido, não é necessária a sua verificação; em segundo lugar, porque pode acontecer que existam elementos que permitam concluir que a realidade é oposta àquela a que se chegaria pelo recurso à presunção⁴⁸.

No que em particular concerne ao artigo 66.º, o que acontece é que, de um facto complexo conhecido (isto é, a existência de controlo, por um residente em território português, numa sociedade aí não residente e sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável), se extrai um facto desconhecido: a pretensão abusiva de evasão fiscal, isto é, a presunção.

obtido por uma outra entidade, na qual aqueles podem deter ou não uma participação social”, “A Imputação Lucros de Sociedades não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado”, p. 683.

⁴⁸ Como bem afirma GUSTAVO LOPES COURINHA, “[n]as presunções, o legislador socorre-se dos casos mais frequentes de estruturas elisivas, para, por mero efeito da lei, passarem a ser consideradas factos tributários. I.e., a partir das regras comuns da experiência, pode, com alguma certeza (a medida da qual será sempre discutível), retirar-se de um determinado facto que se pretende sujeitar a imposição (habitualmente utilizado para escapar a tal imposição), um outro que configura já um facto tributário tipificado, de onde resultará a mesma estatuição (sujeição a tributação), por força desse juízo de probabilidade, sendo que esse juízo será ou não susceptível de prova em contrário. (...) [o] funcionamento das ficções, embora tendencialmente idêntico às presunções, por força do conteúdo perceptivo, difere, no entanto, quanto à formulação. O regime das ficções é, à luz do ordenamento tributário nacional, diverso do das presunções quanto à possibilidade de prova em contrário e aplicação extensiva, pela sua não ocorrência nas ficções legais, o que tem justificação na diferente técnica de redacção das ficções, naturalmente mais rígida”, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*, pp. 99 - 102.

Se ainda dúvidas restassem, o n.º 12 aditado ao artigo 66.º em 2012⁴⁹ veio esclarecê-las, ao prever a possibilidade de demonstrar a existência de razões económicas válidas em determinadas situações, isto é, de elidir a presunção, o que, conforme acima referido, não poderia acontecer se estivéssemos perante uma ficção, de aplicação automática⁵⁰.

Ora, o artigo 66.º do Código do IRC sofreu uma evolução com o aditamento do n.º 12. Mas terá sido suficiente?

O mencionado artigo sujeita a tributação os residentes que detenham pelo menos 25% de participações em sociedades sujeitas a um regime fiscal mais favorável sem permitir que os titulares de participações em entidades de Estados terceiros elidam a presunção (subjacente a este regime ao entender-se como regime antiabuso) de que, a detenção de participações nessas sociedades tem um ânimo de fuga à tributação em território nacional.

No que diz respeito ao teste de constitucionalidade, somos forçados a concluir que a introdução do n.º 12 não foi suficiente, já que, quando a entidade controlada estiver estabelecida num país terceiro, verifica-se a aplicação cega de uma presunção, em violação clara do princípio da igualdade. O contribuinte está, nesse caso, impossibilitado de provar que, de facto, não existe capacidade contributiva que permita a tributação, o que, como vimos, constitui uma violação frontal da CRP.

5.2. O ARTIGO 66.º À LUZ DO DIREITO DA UE

O n.º 12 do artigo 66.º afasta-se da mecânica do resto do artigo. Nos termos da norma do n.º 12, sempre que um sujeito passivo seja, em alternativa, residente num Estado-membro da UE ou num estado do EEE sujeito a troca de informações e, em qualquer caso, leve a cabo uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços e logre provar que a constituição e funcionamento da entidade tiveram fundamento em razões económicas válidas, cessa o disposto no

⁴⁹ Pela Lei n.º 64-B/2011, de 30.12.2011.

⁵⁰ Em defesa da tese oposta, vd. RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades não Residentes*, para quem é “no campo das ficções legais que se deve enquadrar a imputação aos sócios do lucro de uma sociedade-base controlada. A lei considera que, em determinadas circunstâncias, os sócios são (já) os titulares da respectiva quota parte em tal rendimento ou que, pelo menos, têm a sua disponibilidade. A obrigação de imputação é resultado do elemento configurador da incidência do tributo, que prescinde da realidade (das normais consequências da existência da sociedade titular dos rendimentos), estabelecendo uma verdade artificial (a da titularidade pelos sócios) para efeitos de tributação”.

restante artigo 66.º. Nas palavras do legislador, *o disposto no artigo não se aplica*, ou seja, não se aplica a previsão da norma (leia-se, os requisitos da detenção e outros do n.º 1) e, bem assim, a estatuição, isto é, não opera a imputação dos lucros na esfera dos sujeitos passivos residentes em território português.

O n.º 12 é, assim, uma norma própria com regras específicas, que implica que, quando se verificarem os requisitos de que depende a sua aplicação, a consequência prática do preceito seja a possibilidade de elisão da presunção de abuso, por parte daquelas entidades.

O artigo 66.º, n.º 12 permite, efetivamente, que os sujeitos passivos de IRC residentes em território nacional detentores de uma participação relevante na SEC elidam a presunção de abuso, desde que demonstrem a existência de *razões económicas válidas*. Este n.º 12 veio, assim, introduzir uma norma nova bastante positiva mas que apenas resolve parcialmente o problema, já que as entidades residentes em Estados terceiros continuam a não ter essa possibilidade, circunstância cuja razão de ser não compreendemos.

Conforme referido acima, a criação de presunções inilidíveis de abuso é suscetível de violar as liberdades fundamentais previstas no TFUE. E, na verdade, a liberdade de circulação de capitais, visada também neste artigo, é extensível, nos termos do artigo 63.º do TFUE a países terceiros. Deste modo, em relação a esses países, a norma portuguesa CFC consubstancia uma restrição à liberdade de circulação de capitais. Será esta uma restrição admissível?

O exame de compatibilidade das normas de direito interno com o direito da UE faz-se, essencialmente, em quatro fases: esfera de proteção, ingerência, justificação e proporcionalidade. Neste caso, estamos no âmbito da esfera de proteção da liberdade de circulação de capitais. Acresce que existe, no caso, uma discriminação entre entidades residentes ou estabelecidas num Estado-membro da UE e entidades residentes ou estabelecidas num Estado terceiro, na medida que às primeiras é concedida a possibilidade de ilidir a presunção de abuso prevista no artigo 66.º e, em consequência, estas podem evitar a imputação dos lucros, nos termos do referido artigo enquanto as segundas não têm essa opção. A norma tem, quanto a elas, aplicação cega: verificando-se os pressupostos de que depende a sua aplicação, os lucros dessas entidades são automaticamente imputados ao(s) sujeito(s) passivo(s) de IRC residente(s) em território nacional.

Será esta simultânea restrição e discriminação, justificável? O TJUE, como vimos, já se pronunciou no sentido de que para que uma restrição deste tipo possa ser justificada, o seu objetivo primordial deve ser o de travar comportamentos que se traduzam na criação de *expedientes puramente artificiais*, como objetivo de elisão fiscal. Uma análise cuidada da norma do artigo 66.º conduz-nos à inevitável conclusão de que a sua aplicação, quanto a entidades residentes em Estados terceiros não está iminentemente dependente dos referidos *expedientes puramente artificiais*. Existirá, quanto às referidas entidades, alguma justificação adicional que não se aplique às entidades residentes em Estados-membro da União ou do EEE? Cremos que não.

Ainda que se pudesse afirmar que, quanto a países terceiros, a prova das razões económicas válidas é extremamente onerosa, o tema é, exclusivamente, esse: um tema de prova. Não cabe ao legislador, de forma taxativa, travar a oportunidade de prova de que essas entidades têm, efetivamente, uma substância económica que permita concluir que não têm subjacente um objetivo de evasão fiscal.

Assim, cremos que, o artigo 66.º, como está, viola o direito primário da UE, em particular o princípio da livre circulação de capitais.

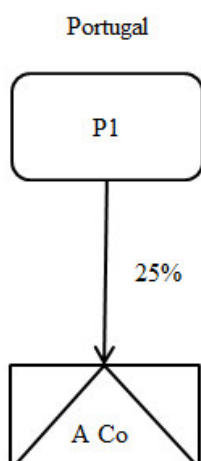
Não obstante, importa referir que o mencionado artigo não encerra qualquer contradição com a Diretiva antiabuso, uma vez que o seu artigo 7.º prevê a possibilidade de não se abrir, quanto a entidades situadas em países terceiros, a hipótese de comprovar o exercício de uma atividade económica substantiva⁵¹.

5.3. INCONGRUÊNCIAS NA APLICAÇÃO PRÁTICA DO REGIME

Acresce que, tomando três situações parecidas mas com localizações distintas como exemplo, percebemos que, para além das incoerências do regime já apontadas, a aplicação, ora do artigo 6.º, ora do artigo 66.º (e este, ora a entidades estabelecidas na UE, ora a entidades estabelecidas em países terceiros), gera, também ela, incoerências que julgamos serem injustificáveis na aplicação do regime interno. Vejamos.

⁵¹ Esta possibilidade é, como vimos, uma possibilidade meramente teórica (vd. nota de rodapé 34).

Figura 4

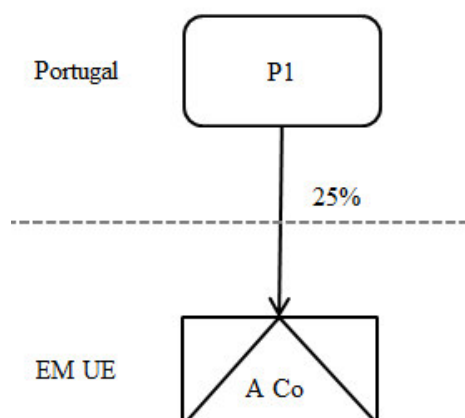


Consideremos uma hipótese como esta (ilustrada na figura 4), em que A Co (sociedade de profissionais, no caso, dentistas), é detida em 25% por um dentista residente em Portugal (P1).

Sendo A Co uma sociedade de profissionais, nos termos do artigo 6.º do Código do IRC, 25% dos lucros aí gerados são imputados diretamente no rendimento tributável de P1 para efeitos de IRS.

O artigo 6.º do Código do IRC é igualmente aplicável no caso de P1 ser uma pessoa coletiva, sendo, nesse caso, a matéria coletável de A Co imputável ao rendimento tributável de P1 para efeitos de IRC, independentemente da distribuição de lucros.

Figura 5



Consideremos agora a seguinte situação (ilustrada na figura 5): P1, pessoa singular, residente em Portugal, detém uma participação de 25% numa sociedade de dentistas, com sede num EM da UE. Neste caso, não tem aplicação o artigo 6.º do Código do IRC, uma vez que a sociedade A Co não tem sede nem direção efetiva em território português. Assim, P1 só será tributado pelos lucros gerados em A Co no momento da sua distribuição, ao contrário do que sucedia no exemplo anterior, em que os lucros de A Co, por força da aplicação do artigo 6.º do Código do IRC, eram imputados a P1 independentemente da sua distribuição.

Na hipótese de P1 ser uma pessoa coletiva, sujeito passivo de IRC, continua a não ter aplicação o artigo 6.º do Código do IRC em virtude de A Co não ser uma sociedade com sede ou direção efetiva em território nacional. Assim, e não existindo no nosso regime fiscal uma norma de pura transparência fiscal internacional, saltamos automaticamente para o âmbito de aplicação do artigo 66.º do Código do IRC.

Nos termos do artigo 66.º, os lucros ou rendimentos obtidos por A Co são diretamente imputados a P1 caso se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

- (i) A Co seja uma entidade não residente em território português;
- (ii) Cujos lucros ou rendimentos sejam submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável;
- (iii) P1 seja um sujeito passivo de IRC;
- (iv) P1 seja residente em território português;
- (v) P1 detenha, direta ou indiretamente, 25% das partes de capital, direitos de voto ou direitos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais de A Co (ou 10% se 50% da entidade for detida por sujeitos passivos de IRS ou IRC residentes em Portugal).

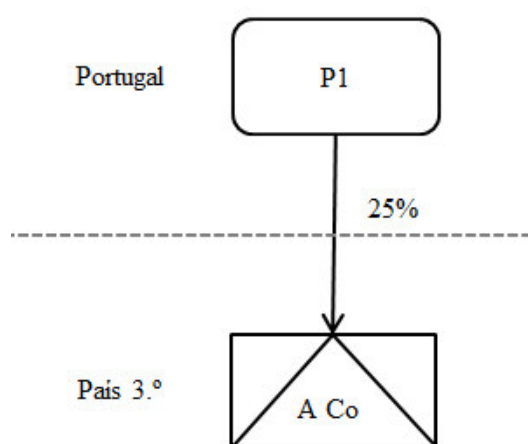
Independentemente da verificação destes pressupostos, sendo A Co residente num EM da UE, o n.º 12 do artigo 66.º do Código do IRC prevê a possibilidade de P1 demonstrar que a constituição e funcionamento de A Co correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica (no caso) de prestação de serviços.

Nesse caso, a imputação prevista no artigo 66.º não opera.

Na circunstância de não se encontrar preenchido algum dos pressupostos de que depende a aplicação do artigo 66.º do Código do IRC, P1 só será tributado pelos lucros gerados em A Co no momento da sua distribuição.

Assim, da análise comparativa destas duas primeiras hipóteses, temos desde logo a verificação de que, em tese, se tributa de forma mais gravosa o sócio residente em Portugal de uma clínica dentária com sede em Portugal que um sócio residente em Portugal de uma clínica dentária de um EM da UE.

Figura 6



Esta hipótese (ilustrada na figura 6) é em tudo idêntica à anterior, com a pequena variante de que a sociedade A Co tem domicílio num País terceiro (fora da UE e do EEE).

Nesta terceira situação, à semelhança do exemplo anterior, não tem aplicação o artigo 6.º do Código do IRC uma vez que A Co não é uma sociedade com sede ou direção efetiva em território português.

Deste modo, por não existir uma norma de pura transparência fiscal internacional no nosso Código do IRC, estamos mais uma vez no âmbito de aplicação do seu artigo 66.º.

Ora, caso se verifiquem os pressupostos de que depende a sua aplicação, os lucros ou rendimentos gerados em A Co são diretamente imputados a P1, independentemente da sua distribuição.

Caso não se verifiquem os requisitos de aplicação do artigo 66.º do Código do IRC, P1 só será tributado pelos lucros ou rendimentos gerados em A Co no momento da sua distribuição.

Ora, se não se verificarem os requisitos de aplicação da norma do artigo 66.º do Código do IRC, verifica-se a tributação de forma mais gravosa do sócio português de sociedade com sede em Portugal (em virtude da antecipação de tributação dos lucros) que do sócio português de sociedade estabelecida num país terceiro que só será tributado pelos lucros gerados em A Co no exercício da sua distribuição.

Neste caso, como A Co tem sede num país terceiro, não existe a possibilidade de P1 demonstrar que a constituição e funcionamento de A Co correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve efetivamente uma atividade de prestação de serviços uma vez que o n.º 12 do artigo 66.º apenas prevê essa possibilidade para os casos em que a entidade controlada esteja estabelecida num EM da UE, ou, em alternativa, do EEE, desde que esse Estado esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, em termos semelhantes aos estabelecidos na UE.

A verificação dos pressupostos de aplicação do artigo 66.º implicava, neste exemplo, sem possibilidade de prova em contrário, a imputação dos lucros a P1 imediatamente no exercício em que são gerados.

Este tratamento diferenciado (entre um sócio de uma entidade estabelecida em Portugal e fora) pode ser verdadeiramente penalizador: na verdade, a lei ficciona que os sócios são titulares do lucro não distribuído da sociedade porque presume que estes estarão em condições de dispor desse lucro, mas pode não ser assim. Neste caso, o sócio é onerado num momento em que ainda não recebeu qualquer dividendo, o que pode gerar distorções graves na atuação no mercado, e, mais, não assenta nem previne qualquer atuação de natureza abusiva.

6. PROPOSTAS DE DESCONSTRUÇÃO DOS PROBLEMAS APONTADOS

Aqui chegados, é hora de dar mais um passo no nosso estudo.

Não cabe aqui – desde logo por dever de síntese – procurar detetar todos os problemas de que padece o artigo 66.º e lograr encontrar resposta para todos eles. Assim, propomo-nos apenas a reconhecer os aspetos que, ao longo deste estudo, fomos identificando (mormente de incoerência do regime interno, incompatibilidade com o direito da UE e com a CRP) e, analisando o direito interno à luz da Diretiva antiabuso (que deverá ser transposta até 31 de dezembro de 2018), propor uma opção (com certeza existirão outras e melhores), de alteração legislativa que considere, já, a necessidade de adaptação em conformidade com a Diretiva cuja transposição se impõe.

Vimos que o Código do IRC já contém uma norma CFC antiabuso (independentemente das incongruências que lhe apontámos). Assim, a norma que falta efetivamente transpor para o nosso ordenamento jurídico é a norma contra *hybrid mismatch arrangements*.

Verificámos, também, ao longo deste estudo que não existe, no nosso direito interno, uma pura norma de transparência fiscal internacional, que não implique ou tenha subjacente um conceito de abuso.

Assim, as propostas que aqui ensaiaremos partem desta dupla premissa.

O segundo problema que aqui identificamos é de mais simples correção, pelo que o tratamos em primeiro lugar.

6.1. ALARGAMENTO DO ARTIGO 6.º: TRANSPARÊNCIA FISCAL INTERNACIONAL

O artigo 6.º na redação atual limita a aplicação do regime de transparência fiscal às entidades *com sede ou direção efetiva em território português*.

Como vimos, esta limitação causa distorções no tratamento de sócios de entidades com sede em território nacional e fora que, tendo em conta a *ratio* subjacente às normas de transparência fiscal⁵² não são justificáveis.

Deste modo, se fizermos cair esta referência, passamos a ter um regime de transparência fiscal interna e internacional, sem discriminação de sócios com participações em sociedades com sede em Portugal ou noutro país.

⁵² Vd. ponto 2.1. deste estudo.

Na verdade, não vemos razão para que assim não seja, já que os mesmos motivos que justificam a aplicação de um regime de transparência fiscal a entidades com sede em território nacional são extensíveis a entidades com sede noutros países.

Ao fazer cair esta referência a *sede ou direção efetiva em território português*, passamos a ter um puro regime de transparência fiscal internacional, sem discriminação em função da localização da entidade participada, sendo, dessa forma, evitadas distorções injustificadas no tratamento fiscal do sócio residente.

6.2. COMPATIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 66.º COM O DIREITO DA UE E A CRP

No que diz respeito à compatibilização do artigo 66.º com as liberdades fundamentais e o direito constitucional, o tema é mais delicado. O que se deverá alterar é a impossibilidade de se provar, quanto a entidades com sede num país terceiro, que “*a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços*”.

Esse objetivo pode ser alcançado pela eliminação da referência à residência num EM da UE ou do EEE.

O n.º 12 do artigo 66.º deveria, assim, passar a ter a redação que segue:

“O disposto neste artigo não se aplica quando o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços”.

Relativamente a esta possibilidade de elidir a presunção, naturalmente que será mais fácil em relação a entidades que estejam estabelecidas num Estado com algum nível de desenvolvimento, relativamente ao qual exista troca de informações, que permita descortinar a substância da entidade em causa. A prova de que uma entidade situada num país como o Panamá não constitui um expediente puramente artificial será, com certeza, mais difícil que a mesma prova relativamente a uma sociedade situada em Espanha. Contudo, não deve a lei interferir com essa opção, deixando espaço aos indivíduos para organizarem o seu modelo de negócio como melhor entenderem. O problema da prova

situa-se, esse sim, fora do âmbito de intervenção do legislador, devendo ser deixado para outra sede⁵³.

⁵³ Referimo-nos, ao tema da troca de informações, outro assunto na ordem do dia, mas que nos abstermos aqui de tratar, desde logo por uma questão de economia deste estudo.

7. A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA: ENSAIO GERAL

Dentro das limitações que temos, e do que nos é possível prever⁵⁴, arriscamo-nos a ensaiar uma proposta daquelas que poderão ser as alterações legislativas que permitam ao nosso regime estar em conformidade, não com toda a Diretiva (o que não poderíamos pretender com um estudo desta dimensão), mas com as normas relativas a SEC e *hybrid mismatch arrangements* aí previstas.

7.1. CFC NA DIRETIVA E O ARTIGO 66.º DO CÓDIGO DO IRC

Confrontando o atual artigo 66.º do Código do IRC com o texto da Diretiva, detetamos várias diferenças.

Em primeiro lugar, a Diretiva delimita a noção de controlo por referência à detenção de uma participação direta ou indireta:

- (i) De mais de 50% dos direitos de voto;
- (ii) De mais de 50% do capital; ou
- (iii) Que confira o direito a receber mais de 50% dos lucros dessa entidade.

A norma interna portuguesa, por seu turno, estabelece uma percentagem de detenção menos exigente, bastando-se com 25% das partes de capital, direitos de voto ou direitos sobre os rendimentos ou elementos patrimoniais da entidade controlada (ou apenas 10% quando 50% sejam detidas por sujeitos passivos de IRS ou IRC residentes em território nacional).

A segunda diferença que importa registar diz respeito ao nível de tributação que cabe no conceito de “regime fiscal claramente mais favorável”.

Assim, nos termos do Código do IRC, uma sociedade estará sujeita a um regime fiscal mais favorável em uma de duas situações:

- (i) Consta da lista negra aprovada pelo membro do Governo responsável;
- (ii) A taxa de imposto que lhe é aplicável é inferior a 12,6%.

⁵⁴ Como explica ANTHONY D’AMATO, num parágrafo bastante elucidativo daquilo que aqui pretendemos transmitir, “*for centuries up to 1897, lawyers, judges, scholars, and the general public viewed law as something that exists in the present – the time when people make decisions that are influenced by the content of pre-existing law. Holmes was now apparently informing everyone that law does not exist in the present. It only comes into existence in the future, when courts issue their rulings – after people have made their decisions. In the present, we are remitted to guessing – making prophecies about what law might turn out to be*” (apud ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, pp. 89-90).

A Diretiva, por sua vez, olha não para a taxa de imposto aplicável (em potência) mas para o imposto sobre as sociedades efetivamente pago. Deste modo, considera-se sujeita a um regime fiscal mais favorável uma entidade que pague menos imposto que o que resulte da diferença entre o imposto que seria cobrado à CFC no Estado da residência do contribuinte e o imposto efetivamente pago pela CFC no seu Estado de residência.

No que diz respeito ao apuramento do lucro ou rendimento imputável, a Diretiva introduz uma possibilidade atualmente não conferida pelo regime interno. Nos termos do n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva, as perdas da CFC, não obstante não poderem ser incluídas na base tributável, podem ser reportadas nos períodos de tributação subsequentes. Esta possibilidade não tem paralelo no Código do IRC.

Ora, não obstante a grande parte dos estudos sobre a matéria colocar o problema neste prisma, entendemos não ser este o fundamental. Na verdade, as diferenças entre regimes são perfeitamente válidas, na medida que as soluções propostas na Diretiva se traduzem num nível mínimo de proteção, sendo a execução dos mínimos aí estabelecidos deixada aos Estados-membros.

Assim, o que faltaria ao artigo 66.º, que não podemos tratar nesta sede por uma questão de limitação do nosso estudo, seria a assunção do preceito cada vez mais como norma antiabuso, em linha com o que vem sendo definido pelos organismos europeus e internacionais.

7.2. *HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS* NA DIRETIVA... E EM PORTUGAL?

Antes de entrarmos na apreciação das normas anti *hybrid mismatch arrangements*, impõe-se uma reflexão prévia. O que se pretende, afinal, com uma norma desta natureza? São as normas anti *hybrid mismatch arrangements*, em abstrato, normas especiais antiabuso? Esta questão prévia, como vimos já a respeito das normas CFC, é fundamental antes da transposição da norma da Diretiva já que, nesse exercício, não podemos nunca esquecer as imposições europeias e constitucionais que se impõe respeitar.

A existência de realidades híbridas, em si mesma, não coloca qualquer problema. É, na verdade, decorrência natural do exercício normal da soberania fiscal dos vários Estados e da falta de harmonização (totalmente involuntária) que existe na qualificação e tratamento fiscal da mesma realidade⁵⁵.

⁵⁵ Nas palavras de FRANCISCO CABRAL MATOS, “[n]otably, disparities arise from a difference in the legal treatment in other words, from the lack of tax harmonization within the EU, even if the result of such

No que diz respeito ao aproveitamento, pelos sujeitos passivos, das disparidades decorrentes da falta de harmonização normativa, para a redução da sua fatura fiscal, não se pode entender existir qualquer intenção fraudulenta. Na verdade, já em 1934 o juiz do Supremo Tribunal Norte Americano LEARNED HAND no caso *Gregory v. Helvering* defendeu que os indivíduos são livres de organizar os seus negócios de forma a pagar o mínimo imposto possível, sendo que não existe qualquer obrigação de seguir a via que permita contribuir melhor para o tesouro público^{56 57}.

Não obstante a mudança de paradigma (recorde-se que, há algumas décadas atrás, o foco estava na competição entre Estados, tendo passado, com o tempo, a estar cada vez mais sobre o contribuinte), ainda hoje, com grande facilidade, uma empresa multinacional estrategicamente localizada em inúmeros países, comprova a existência de razões económicas válidas para a deslocalização da sua atividade. Deste modo, a criação de uma norma para evitar *hybrid mismatch arrangements* com pendor anti abusivo cairia, com grande probabilidade, no esquecimento, por escassa aplicação.

De facto, a norma anti *hybrid mismatch arrangements*, não obstante estar consagrada numa Diretiva que se auto intitula de antiabuso, intrinsecamente tem muito pouco de anti abusiva. Não é a única, efetivamente, que se justifica, não tanto por razões anti abuso, mas muito mais por opções de política fiscal. Acresce que, uma abordagem exclusivamente antiabuso será sempre curta atendendo à imensidão de situações que podem decorrer da existência de um *hybrid mismatch arrangement*, não correspondendo ao núcleo essencial do tema como efeito natural dos designados *cross-border tax mismatches*. Assim, a abordagem deverá passar muito mais pela harmonização das soluções, um passo natural no panorama internacional, e não por uma alegada reação aos comportamentos abusivos dos contribuintes.

As normas do artigo 9.º da Diretiva, como estão, abrangem um grande leque de situações. Para a sua aplicação basta, assim, que se verifique um *hybrid mismatch*

disparities is unintended by the Member States involved, or by the EU as a whole”, vd. *International taxation: new challenges*, “Hybrid entities, state of art”, p. 62.

⁵⁶ Como pode ler-se na referida decisão, “[a]nyone may arrange his affairs so that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which best pays the treasury. There is not even a patriotic duty to increase one’s taxes. Over and over again the Courts have said that there is nothing sinister in so arranging affairs as to keep taxes as low as possible. Everyone does it, rich and poor alike and all do right, for nobody owes any public duty to pay more than the law demands”, vd. decisão do Supremo Tribunal Norte Americano no processo *Helvering v. Gregory* – 293 U.S. 465 (1935).

⁵⁷ Entre nós, a mesma posição foi adotada na jurisprudência uniforme do TJUE, conforme, a título de exemplo, o acórdão *Cadbury Schweppes*.

*arrangement*⁵⁸ que resulte numa dupla dedução ou dedução sem inclusão de um mesmo pagamento. Se repararmos, a solução proposta lida com assimetrias no tratamento fiscal, entre Estados-membros, e é independente da presença de qualquer esquema abusivo.

Os *hybrid mismatch arrangements* podem resultar da divergência na classificação de entidades ou instrumentos financeiros.

No que respeita aos instrumentos financeiros, é possível que estes, contendo características de dívida e de capital, sejam classificados como instrumento de capital num país e como instrumento de dívida no outro⁵⁹. O *mismatch* ocorre quando, em virtude dessa divergência na qualificação, o mesmo pagamento é dedutível num país, sem ser tributado no outro, havendo um verdadeiro desencontro no tratamento conferido à mesma operação ou situação.

Relativamente às entidades, o *hybrid mismatch arrangement* surge quando a mesma entidade é classificada como transparente num Estado e como opaca no outro. Desta divergência na qualificação pode resultar uma situação de dupla não tributação ou de dedução sem a correspondente inclusão.

Se percorrermos todo o Código do IRC não encontramos, em momento algum, uma referência específica a esta realidade, nem uma aproximação àquela que possa ser a estratégia do regime interno para lidar com estes temas.

Chegados a esta fase do nosso estudo, percebemos não ser em Portugal possível abranger as mesmas situações com a norma CFC e com a futura solução anti *hybrid mismatch arrangements*. Efetivamente, não obstante as normas relativas a *hybrid mismatch arrangements* se referirem também a situações de possível deslocalização de lucros tributáveis e, em tese, com a aplicação da norma CFC se estaria a tributar já aquela entidade não residente, dispensando-se a aplicação da norma relativa a híbridos, temos de

⁵⁸ Nos termos do artigo 2.º, n.º 9 da Diretiva, entende-se por *hybrid mismatch arrangement*, “uma situação entre um contribuinte num Estado-membro e uma empresa associada noutra Estado-membro, ou um entendimento estruturado entre partes em Estados-membros, caso o seguinte resultado seja imputável a diferenças na qualificação jurídica de um instrumento financeiro ou de uma entidade:

- a) a dedução do mesmo pagamento, despesas ou perdas ocorre tanto no Estado-membro onde o pagamento tem origem, as despesas são incorridas ou as perdas são sofridas como noutra Estado membro («dupla dedução»); ou
- b) é deduzido um pagamento no Estado-Membro onde o pagamento tem origem, sem a correspondente inclusão, para efeitos fiscais, do mesmo pagamento no outro Estado-Membro («dedução sem inclusão»).

⁵⁹ Para ser rigorosos, um instrumento financeiro também será qualificado como híbrido quando os países envolvidos, não obstante convergirem na classificação do instrumento financeiro (como dívida), divergirem no tratamento fiscal do pagamento realizado através desse instrumento.

reconhecer a existência de duas barreiras inultrapassáveis que impõem a criação de um regime autónomo e separado: a jurisprudência constitucional a que já aludimos e as limitações a que está sujeita a norma CFC, em virtude de ter um incontornável pendor anti abusivo.

Para além do exposto, não teria sentido confundir as duas abordagens, já que os pressupostos de que depende a sua aplicação e o seu âmbito de aplicação objetivo não são os mesmos. Assim, em face do nosso regime interno, o plano de aplicação das duas normas nunca será coincidente, não se podendo pretender que uma substitua a outra.

O artigo 6.º, focando-se na qualificação de entidades, assemelha-se ao artigo 10.º da Proposta de Diretiva antiabuso. Assim, em tese, conseguiríamos aí incluir os *hybrid entity mismatches*. Não obstante, para além de o artigo 6.º ser curto, uma vez que a Diretiva prevê uma solução para *hybrid mismatches arrangements* relativos a entidades e instrumentos financeiros, o artigo 9.º da Diretiva afasta-se do mencionado preceito em virtude de apontar, não para a qualificação das entidades e instrumentos financeiros, mas sim para a negação da dedução de determinados pagamentos.

Também o artigo 51.º, n.º 10, alínea a) do Código do IRC, poderia, à primeira vista, parecer resolver, pelo menos parcialmente, o problema. Não obstante, para além de a sua aplicação ser limitada aos casos em que haja uma participação não inferior a 10%, pelo período mínimo de 1 ano, em que não se aplique o artigo 6.º do Código do IRC, e em que a entidade que distribui os lucros não esteja localizada num paraíso fiscal e esteja sujeita e não isenta de IRC a uma taxa de pelo menos 12,6% (ao contrário do artigo 9.º da Diretiva que não faz depender a sua aplicação de qualquer destes requisitos), a solução a que conduz não se coaduna com a proposta na Diretiva.

Ora, se repararmos, o artigo 51.º, n.º 10, alínea a) do Código do IRC determina que cessa a aplicação do artigo 51.º, n.º 1 (e 6), ou seja, passa a haver inclusão dos lucros e reservas distribuídos no Estado do destino, quando correspondam a gastos dedutíveis no Estado pagador. De forma inversa, o n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva prevê, em casos de dedução sem a correspondente inclusão, que o EM de origem recuse a dedução desse pagamento. Assim, no artigo 51.º temos o foco no Estado de destino dos pagamentos, que

deverá impor a não inclusão e, de outro modo, no artigo 9.º, n.º 2 da Diretiva, o foco está no Estado de origem que deverá negar a dedução do pagamento⁶⁰.

Estamos, assim, em condições de concluir que nos encontramos no degrau 0 na transposição do artigo 9.º da Diretiva, dada a inexistência, no Código do IRC, de uma norma que foque as mesmas situações e proponha as mesmas soluções.

7.3. *HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS*: A HISTÓRIA QUE PERMITE A ANTEVISÃO DO FUTURO

Aqui chegados, é fundamental compreender o impacto que pode ter, no direito interno, a criação de um regime totalmente novo contra *hybrid mismatch arrangements*. Para uma compreensão total dos desafios que se colocarão ao legislador português, é importante perceber a solução que foi finalmente adotada na Diretiva e como se chegou a ela.

Se repararmos, a proposta de Diretiva do Conselho apresentada a 28.01.2016, no que respeita a *hybrid mismatch arrangements* era muito diferente da que acabou por ser adotada na versão final da Diretiva. A proposta ía, na verdade, no sentido do *Partnership Report*⁶¹ e do *Code of Conduct for Business Taxation*⁶², tendo acabado por se afastar daquela que era a sua redação inicial.

Assim, o artigo 10.º da proposta de Diretiva divide-se em duas normas: uma relativa a entidades híbridas e outra relativa a instrumentos híbridos. Não obstante, a proposta de solução para os dois tipos de *hybrid mismatch arrangements* é uma: a qualificação jurídica (da entidade ou instrumento híbrido) no Estado-membro de origem do pagamento deve ser seguida no outro Estado-membro. Deste modo, através de uma *linking rule* relativa à qualificação, eliminava-se o *mismatch* na qualificação, ocorrendo a inclusão do pagamento no Estado de destino.

Desde a primeira proposta de Diretiva, o tratamento de *hybrid mismatch arrangements* sofreu alterações. Se repararmos, as normas vertidas na redação atual do

⁶⁰ Este desencontro de soluções consubstanciará mais um desafio que o legislador português terá de enfrentar na transposição da Diretiva antiabuso, o qual não poderíamos deixar de referir neste estudo.

⁶¹ *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD, 29 Agosto de 1999, que se traduziu numa primeira abordagem internacional das dificuldades técnicas suscitadas pelas entidades híbridas no plano da tributação internacional, em virtude da falta de harmonização.

⁶² Instrumento de *soft law*, onde se sugeria a tributação do rendimento quando deduzido na fonte. O mesmo é dizer que o Estado-membro que recebe – Estado do destino – deve seguir a classificação do Estado-membro de origem.

artigo 9.º da Diretiva antiabuso, não só conduzem a soluções diferentes, na prática, como se focam não na qualificação da entidade ou instrumento financeiro mas sim na consequência prática desse *mismatch* na qualificação. Assim, nos termos da Diretiva antiabuso, quando o *hybrid mismatch* resulte numa dupla dedução, a dedução deverá ser concedida no EM de origem; quando resulte numa dedução sem inclusão, é o EM de origem que deve recusar a dedução desse pagamento.

Outro tema que se coloca prende-se com o facto de o artigo 9.º da Diretiva antiabuso, na sua redação atual, apenas ter aplicação quando estejam em causa *mismatch arrangements* entre Estados-membros da UE.

A dificuldade de aplicação das normas anti *hybrid mismatch arrangements* também nas relações com países terceiros é, na verdade, reconhecida, prevendo-se a necessidade de, também em relação a essas, ser necessário estudar e definir no futuro regras vinculativas⁶³.

Uma primeira tentativa de abranger também os *mismatches* que ocorrem em situações com países terceiros ocorreu no dia 25.10.2016, em que foi aprovada uma proposta de nova Diretiva antiabuso, com disposições relativas a *hybrid mismatch arrangements* com países terceiros⁶⁴. Nessa proposta, não só se prevê uma solução para essas situações como se sugere ainda que o atual artigo 9.º da Diretiva seja alargado a situações mais complexas onde estejam em presença estabelecimentos estáveis.

Um primeiro aspeto que cumpre deixar assente prende-se com o facto de a solução proposta para *hybrid mismatch arrangements* em situações intracomunitárias se manter inalterada. Este é, assim, um aspeto sobre o qual podemos trabalhar com alguma solidez.

⁶³ Vd. ponto (13) do preâmbulo da Diretiva antiabuso, onde se pode ler que “[e]mbora os Estados-membros tenham acordado, no quadro do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), em orientações sobre o tratamento fiscal de entidades híbridas e de estabelecimentos estáveis híbridos na União, bem como sobre o tratamento fiscal de entidades híbridas nas relações com países terceiros, é ainda necessário adotar regras vinculativas. É fundamental prosseguir os trabalhos sobre as assimetrias híbridas entre Estados-membros e países terceiros, bem como sobre outras assimetrias híbridas como as relacionadas com estabelecimentos estáveis”.

⁶⁴ No preâmbulo da referida proposta pode ler-se que “[c]onsidering that Directive (EU) 2016/1164 only covers hybrid mismatch arrangements that arise in the interaction between the corporate tax systems of Member States, the ECOFIN Council issued a statement on 20 June 2016 requesting the Commission to put forward by October 2016 a proposal on hybrid mismatches involving third countries in order to provide for rules consistent with and no less effective than the rules recommended by the OECD BEPS report on Action 2, with a view to reaching an agreement by the end of 2016”.

A grande novidade está, precisamente, na proposta de resposta a dar a *hybrid mismatch arrangements* que envolvam países terceiros e, ainda, estabelecimentos estáveis.

No que respeita a entidades estabelecidas em países terceiros o tema é necessariamente ainda mais complexo. Na verdade, criando *linking rules* entre Estados-membros da UE, havendo algum nível de harmonização, a técnica funcionará, uma vez que a *linking rule* aplicável num Estado terá o mesmo teor da aplicável no outro Estado com o qual a situação se conecta. Para situações em que estejam em presença países terceiros, a aplicação de uma *linking rule* poderá não ser tão eficaz já que, sendo os sistemas dos países em presença potencialmente contrastantes, a aplicação de normas dependentes do tratamento que é dado no outro país pode resultar numa devolução de competência sucessiva, entrando-se num *ping pong* difícil de quebrar. Como sabemos o que faz o outro Estado? Quem vai avaliar?

Um outro tema que teremos necessariamente se o artigo 9.º atual for efetivamente substituído pelo que consta da proposta de Diretiva prende-se com o facto de as soluções propostas para situações entre Estados-membros (já aqui descritas, e que seguem a solução proposta no Plano de Ação BEPS), serem diferentes das propostas para situações que envolvam países terceiros.

Em face de tudo o que foi exposto ao longo deste estudo, cumpre agora colocar a derradeira questão: como deverá o legislador português posicionar-se, no sentido de encontrar um ponto ótimo de harmonização do direito interno com a norma anti *hybrid mismatch arrangements* da Diretiva?

O que nos parece ser a melhor opção, tendo em consideração as conclusões intermédias que fomos apontando, é a criação de um novo artigo, com a virtuosidade de abranger todas as situações abrangidas pela Diretiva, para não começarmos com um primeiro regime anti *hybrid mismatch arrangements* incompleto em relação àquilo que se pretende que seja e preparado para as evoluções que se anteveem com a nova proposta de Diretiva da Comissão. A harmonização que se pretende depende, assim, da adoção da mesma medida, com a mesma extensão, por todos os Estados-membros abrangidos. A não ser assim, o risco é o de se estar a criar mais *mismatches* que aqueles que se pretende corrigir.

Nestes termos, a proposta que apresentamos para a transposição da norma do artigo 9.º da Diretiva é a seguinte:

1. *Quando um pagamento realizado por uma entidade com sede ou direção efetiva em território português é simultaneamente dedutível nos dois Estados em presença, a dedução apenas deverá ser concedida em território nacional; se a dedução tiver sido concedida no outro Estado, então o pagamento não será aqui dedutível.*
2. *Quando um pagamento seja dedutível sem a correspondente inclusão, se o pagamento for realizado por uma entidade com sede ou direção efetiva em território português, esse pagamento não é aí dedutível.*

Ora, tendo em conta que, no plano interno, o que o legislador europeu impõe é a não dedução num dos Estados em presença, concluímos ser este um tema que se reconduz à decisão de permitir ou recusar a dedutibilidade do gasto. Assim, entendemos que a norma em questão dever-se-á incluir, sistematicamente no momento em que se discute a dedutibilidade do gasto em geral (artigo 23.º do Código do IRC). Como o legislador português já traçou um elenco de situações onde recusa a dedutibilidade de determinados gastos no artigo 23.º-A do Código do IRC fará sentido este novo artigo ser introduzido depois, por exemplo, como artigo 23.º-B.

Efetivamente, como vimos, o artigo 9.º da Diretiva antiabuso propõe, para evitar o *mismatch* decorrente do *hybrid arrangement*, uma mecânica mais próxima da do artigo 23.º do Código do IRC que de qualquer outra norma interna.

Assim, o que o direito interno deverá prever, em consequência da transposição da norma do artigo 9.º, deverá ser a não dedução nos casos em que Portugal seja o Estado do destino do pagamento, onde já tenha havido dedução no seu Estado de origem e, ainda, nos casos em que Portugal seja o Estado de origem desse pagamento e haja a não inclusão no Estado do destino.

A consequência desta nova norma europeia anti *hybrid mismatch arrangements* para os vários direitos internos será, pois, a não dedução de determinados pagamentos, em virtude de a mesma já ter ocorrido no outro Estado em presença.

CONCLUSÃO

A globalização da economia veio desafiar modelos e paradigmas existentes, fomentando uma viragem na estruturação e organização das empresas. Esta mudança de paradigma revelou janelas de oportunidade no âmbito do planeamento fiscal, já que, as normas internas dos vários Estados soberanos, desenhadas à imagem da realidade anterior, não tomavam em linha de conta as normas de outros países e a forma como o seu (des)encontro poderia ter um impacto fiscal significativo (designadamente, a erosão da base tributável e transferência de lucros).

Ao nível internacional, têm-se multiplicado esforços para abordar esta nova realidade, de forma a, por um lado, respeitar a soberania tributária dos vários Estados e, por outro, adotar medidas efetivas e eficazes na harmonização e coerência do sistema fiscal internacional.

A Diretiva antiabuso, mais recente iniciativa ao nível europeu, em linha com as reconhecidas prioridades políticas em matéria de fiscalidade internacional (designadamente o Plano de Ação BEPS) veio estabelecer regras (umas com intuito anti abusivo outras de pura opção de política fiscal) que visam garantir que o imposto é pago onde o valor é gerado.

A norma do artigo 9.º da referida diretiva é o espelho do seu foco não apenas nas práticas fraudulentas mas também na necessidade de definição de soluções harmonizadas, visando o planeamento fiscal que assenta, em grande medida, nas disparidades entre sistemas fiscais.

No plano interno, o caminho que percorremos levou-nos à constatação da inexistência de uma norma que transponha o referido artigo 9.º, pelo que, em face desta lacuna, verificámos a necessidade de o legislador português se posicionar no sentido de adotar um regime novo anti *hybrid mismatch arrangements*.

A desconstrução do artigo 9.º, levou-nos à verificação de estar em causa, no plano unilateral, a negação da dedução de determinados pagamentos que, em caso contrário, e em virtude das disparidades entre sistemas fiscais, escapariam à tributação. Neste sentido, propusemos a introdução de uma nova disposição, sistematicamente enquadrada no capítulo da determinação da matéria coletável, na sequência das disposições relativas à dedutibilidade de gastos para efeitos fiscais.

Sendo este um passo que entendemos dever ser próximo, entendemos essencial a manutenção de algum pragmatismo e sensatez, de forma a, de modo realista, estarmos preparados para os desafios que ainda se colocarão.

Efetivamente, sendo a concorrência fiscal um dos principais mecanismos de política económica de que dispõem os diferentes Estados, será interessante assistir ao modo como os diferentes países vão interpretar as novas disposições adotadas e adaptar os seus regimes internos, em conformidade, sem com isso ferirem as suas legítimas pretensões tributárias que são, como vimos, pedra basilar da sua soberania.

Artigos e monografias

ALHAPÃO, RUI, “Instrumentos Híbridos de Financiamento e Acesso ao Mercado de Acções”, *Working Paper*, n.º 220, Abril de 1994.

ALMEIDA, BRUNO, “Transparência Fiscal”, *Fisco*, n.º 124/125, Outubro, 2007.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os instrumentos financeiros*, Almedina, 2009.

BANKMAN, JOSEPH, “The Economic Substance Doctrine”, *University of Southern California Law Review*, Vol. 74, No. 5 (2000).

BERNSTEIN, JACK, “OECD Report on hybrid mismatch arrangements: tax policy and compliance”, *Tax notes international – Falls Church*, Vol. 66, no.2 (2012), pp. 169 – 171.

BOER, REINOUT DE / MARRES, OTTO, “BEPS Action 2: neutralising the effects on hybrid mismatch arrangements”, *Intertax – Alphen aan den Rijn* – Vol. 43, no. 1, pp. 14 – 41.

BORGES, RICARDO, “National Report – Portugal”, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Lang, Michael, Linde Verlag Vienna and Kluwer, London (2004), pp. 527 – 557.

BORGES, RICARDO / CARMO MARTA, “The EU Directive against tax avoidance and its possible impact on the Portuguese Foreign Companies regime”, *International Taxation: new challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, January 2017.

CALDAS, MARTA, *O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?*, Cadernos IDEFF, n.º 18, Maio de 2015, Almedina.

CÂMARA, FRANCISCO SOUSA DA / AYALA, BERNARDO, “Portugal – CFC Taxation”, *Fisco* n.º 78/79, 1996.

COTRUT, MADALINA, *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, IBFD Tax Research Series, Volume 2.

COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – do abuso subjectivo de convenções*, Almedina, 2015.

COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*, Almedina, Abril, 2009.

FARIA, MARIA TERESA BARBOT VEIGA DE, “Paraísos fiscais: formas de utilização e medidas de combate à evasão fiscal”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 409 – 410 (janeiro – junho), 2003, pp. 89 – 115.

FERREIRA, A. M., “CFC Rules in Portugal: Still Incompatible with EU Law?”, *European Taxation*, September 2012, pp. 479 – 483.

GARCÍA, ELIZABETH GIL, “Addressing Hybrid PE Mismatches: The Guidance of the Code of Conduct Group”, *European Taxation*, February/March 2017, pp. 94 – 98.

GUINÉ, ORLANDO VOGLER, “O Financiamento de Sociedades por meio de Valores Mobiliários Híbridos (entre as acções e as obrigações”, AA.VV., *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Lisboa, 2010, pp. 75-93.

GUTMANN, D. / PERDELWITZ, A. / RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE, E. / OFFERMANN, R. / SCHELLEKENS, M. / GALLO, G. / GRANT HAP, A. / OJELNICKA, M., “The impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey”, *European Taxation*, January 2017, pp. 2 – 20.

HELMINEM, MARJAANA, “EU law compatibility of BEPS Action 2: neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements”, *British tax review*, London, 2015, no. 3, 325 – 339.

HELMINEM, MARJAANA, “EU Tax Law – Direct Taxation”, IBFD, 2016 Edition.

KAHLENBERG, CHRISTIAN, “The interplay between the OECD recommendations of Actions 2 and 3 regarding hybrid structures”, *Intertax – Alphen aan den Rijn*, Vol. 44, 2016, no. 4, pp. 316 – 323.

LEITÃO, LUÍS MANUEL DE MENEZES, “O controlo e combate às práticas tributárias nocivas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 409-410 (janeiro-junho), 2003, pp.119 – 134.

MARCHGRABER, CHRISTOPH, “Cross-Border Tax Arbitrage, the Parent-Subsidiary Directive (2011/96) and Double Tax Treaty Law”, *Bulletin For International Taxation*, March 2016, pp. 123 – 132.

MATOS, FRANCISCO CABRAL, “Hybrid entities, state of art”, *International Taxation: new challenges*, Escola de Direito da Universidade do Minho, January 2017.

- MENESES, ÁLVARO SILVEIRA DE, “«Hybrid mismatch arrangements» e a influência da tributação na decisão de financiamento: os velhos problemas e as novas soluções”, *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, 2016, pp. 427 – 450, A. VIII, N.2.
- MORAIS, RUI DUARTE, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado: Controlled Foreign Companies – o art.º 60.º do C.I.R.C.*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2005.
- MORAIS, RUI DUARTE, “A Reforma do IRS (2014): uma primeira reflexão”, *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 7, Janeiro/Março 2015, pp. 3 – 23.
- NEVES, ANTÓNIO, *et al.*, *O Novo IRC*, Almedina, 2013.
- NOGUEIRA, JOÃO, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, Coimbra Editora, 2010.
- OLIVEIRA, ANTÓNIO FERNANDES DE, “A residência, a fonte e a tributação”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 420, Lisboa, Julho/Dezembro 2007.
- RIGAUT, ALOYS, “Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”, *European Taxation*, vol. 56, n.º 11 (2016), pp. 497 – 505.
- RUST, ALEXANDER, “BEPS Action 2: 2014 Deliverable – neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements and its compatibility with the non-discrimination provisions in tax treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union”, *British Tax Review*, London, 2015, no. 3, 308 – 324.
- SANCHES, SALDANHA, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- SANCHES, SALDANHA, *Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- SZUDOCZKY, RITA, *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*, IBFD Doctoral Series, Vol. 32, December 2014.
- TEIXEIRA, MANUELA DURO, “A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas”, *Estudos em memória do professor Dr. J. L. Saldanha Sanches*.

TERRA, BEN / WATTEL, PETER, *European Tax Law*, 6.^a Edição, Kluwer Law International, (2012).

VANISFENDAEL, FRANS, “Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law?”, *Bulletin For International Taxation*, March 2016, pp. 163 – 172.

Outras fontes

Comentários ao *Public Discussion Draft – BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules*, partes 1 e 2, publicados em 5 de maio de 2015.

OECD (2014), *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>

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.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>

OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

Parecer do CEF n.º 21/2013 – “Comprovação de residência fiscal pelas partnerships”.

Public Discussion Draft – BEPS Action 3: Strengthening CFC Rules, apresentado a 12 de maio de 2015.

“The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships”, *Issues in international taxation no. 6*, OECD.

http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-application-of-the-oecd-model-tax-convention-to-partnerships_9789264173316-en#.WJdWTk1XWUk#page10

Jurisprudência

TJUE, 20.02.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*.

TJUE, 17.07.1997, C-28/95, *Leur Bloem*.

TJUE, 16.07.1998, C-264/96 *ICI*.

TJUE, 09.03.1999, C-212/97, *Centros*.

TJUE, 26.10.1999, C-294/97, *Eurowings*.

TJUE, 13.04.2000, C-251/98, *C. Baars*.

TJUE, 12.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

TJUE, 30.09.2003, C-167/01, *Inspire Art*.

TJUE, 11.12.2003, C-364/01, *Barbier*.

TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*.

TJUE, 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*.

TJUE, 13.03.2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*.

TJUE, 18.07.2007, C-231/05, *Oy AA*.

TJUE, 23.04.2008, C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

TJUE, 21.01.2010, C-311/08, *SGL*.

TJUE, 10.11.2011, C-126/10, *Foggia – SGPS*.

TJUE, 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

TJUE, 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*.

EFTA Court, 09.07.2014, E-3/13 e E-20/13, *Fred E. Olson and Others*.

TJUE, 13.11.2014, C-112/14, *European Commission v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*.