



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Assimetrias Híbridas Importadas – Análise crítica do ponto de vista europeu e português

João Miguel Neto Ramos Pinto

Sob a orientação do
Doutor João Félix Pinto Nogueira

Escola de Lisboa
Mestrado em Direito Fiscal
Lisboa, fevereiro de 2021

PALAVRAS-CHAVE: BEPS, Ação 2, assimetrias híbridas, importadas, Diretiva 2017/952, dedução.

Índice

Lista de Abreviaturas	5
1. Introdução	6
1.1. Nota Introdutória	6
1.2. Objetivos da Tese	7
1.3. Objeto	8
1.3.1. Delimitação Positiva.....	8
1.3.2. Delimitação Negativa	8
1.4. Metodologia e Bibliografia.....	8
1.5. Sequência	9
2. O Combate às assimetrias híbridas importadas	11
2.1. Assimetrias híbridas importadas	11
2.1.1. Contextualização	11
2.1.2. Noção de assimetria híbrida importada	12
2.2. <i>Modus operandi</i> – vantagens fiscais com as assimetrias híbridas importadas	13
2.3. Alternativas de combate às assimetrias híbridas importadas.....	15
2.4. Disparidades na implementação das regras sobre assimetrias híbridas importadas.....	19
2.5. As opções da União Europeia e de Portugal.....	20
3. Os vários problemas das assimetrias híbridas importadas	23
3.1. Dificuldades ao nível do sujeito passivo.....	23
3.1.1. Complexidade das regras de combate às assimetrias híbridas importadas.....	23
3.1.2. As dificuldades na recolha de informação.....	24
3.2. Dificuldades ao nível das autoridades tributárias	26
3.3. A emergência de situações de dupla tributação	30
3.3.1. Contextualização	30

3.3.2. Casos de dupla tributação	30
3.3.3. Dupla tributação em Portugal	32
3.4. Impacto económico dos ajustamentos.....	33
3.5. Os desvios na transposição da DAE II.....	34
3.5.1. Introdução	34
3.5.2. Influência significativa	35
3.5.3. Ajustamento equivalente.....	36
3.5.4. Atuação em conjunto.....	37
3.5.5. Omissões na lei portuguesa.....	39
4. Propostas de solução	41
4.1. Considerações iniciais.....	41
4.2. Propostas de alteração.....	42
4.2.1. Adaptação do conceito de empresas associadas para o combate às assimetrias híbridas importadas	42
4.2.2. Limitação quantitativa da recusa da dedução	45
4.2.3. Densificação do conceito de inclusão.....	46
4.2.4. Emissão de <i>guidelines</i> por parte da AT	50
5. Conclusões	52
Bibliografia.....	57
I – Livros e artigos	57
II – Documentos de organizações internacionais e autoridades tributárias	64

Lista de Abreviaturas

AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
DAE	Diretiva Antielisão
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
DAC6	Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018
DD	Dupla Dedução
DJR	Diretiva Juros e Royalties
DMF	Diretiva Mães e Filhas
DUE	Direito da União Europeia
D/NI	Dedução/Não inclusão
E1	Estado 1
E2	Estado 2
E3	Estado 3
E4	Estado 4
E5	Estado 5
EE	Estabelecimento Estável
EUA	Estados Unidos da América
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
RF	Retenção na Fonte
RU	Reino Unido
SEC	Sociedades Estrangeiras Controladas
Soc.	Sociedade
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia

1. Introdução

1.1. Nota Introdutória

O fenómeno da globalização fez com que vivamos num mundo cada vez mais interligado. Neste contexto, sistemas fiscais desenhados para funcionar em isolamento dos restantes acabam por ser apreendidos pelos investidores como meras peças de um mapa tributário global onde a otimização fiscal se consegue não pela redução do imposto a pagar numa jurisdição específica, mas como uma redução do imposto a pagar na globalidade das jurisdições que exercem soberania tributária sobre o sujeito passivo e as suas operações. Isto faz com que tais sistemas fiscais, vistos no seu conjunto, sejam permeáveis a atividades de arbitragem fiscal e de planeamento fiscal abusivo¹. Isto exacerbou-se recentemente dado o incremento do comércio internacional, a crescente competitividade fiscal e, provavelmente, a generalização do acesso a firmas de consultoria fiscal presentes em mais do que uma jurisdição.

O fenómeno da arbitragem fiscal (“tax arbitrage”) mais não é do que o aproveitamento, por parte de sujeitos passivos com presença em mais do que uma jurisdição, das vantagens emergentes das diferenças entre os vários sistemas fiscais,² nomeadamente, das diferentes qualificações de uma determinada forma legal ou de um determinado instrumento financeiro.

Dentro das várias formas de arbitragem fiscal, destacam-se as assimetrias híbridas. Estas foram objeto de uma análise aprofundada por parte da OCDE no âmbito da ação 2 do plano BEPS³. Esta ação visava assegurar a coerência da tributação sobre o rendimento ao nível internacional, através de recomendações a adotar pela generalidade dos Estados⁴. Os trabalhos preparatórios do relatório final incluíram consultas públicas nas quais várias entidades se pronunciaram sobre as medidas propostas⁵. Uma leitura atenta daqueles

¹ RUSSO, Raffaele, “*The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements*”, 67 *Bulletin for International Taxation* 2, 2012, p. 1-2.

² ROSEMBUJ, Tulio, “*International Tax Arbitrage*”, 39 *Intertax* 4, 2011, p. 159-160.

³ OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

⁴ De modo a aumentar a eficácia das mesmas, na medida em que uma aplicação isolada das referidas recomendações, traduzir-se-ia, em última instância, na aplicação de regras permeáveis a práticas abusivas, podendo os sujeitos passivos recorrer a Estados que optaram por permanecer alheios àquelas recomendações – vide OCDE (2012), “*Hybrid Mismatch arrangements: tax policy and compliance issues*”, OECD Publishing, p.15-16.

⁵ OCDE (2014), “*Comments received on Public Discussion Drafts – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”, OECD Publishing.

documentos mostra que a controvérsia aparenta ser maior relativamente a uma específica modalidade de assimetrias: as assimetrias híbridas importadas. Na opinião da maioria das entidades consultadas, esta modalidade de assimetrias híbridas deveria ser retirada do relatório final da Ação 2 do BEPS⁶. Algo que acabou, como se sabe, por não acontecer⁷.

No quadro da UE, as assimetrias híbridas foram desde logo reguladas pela DAE I⁸, a qual limitava o âmbito de aplicação das regras às relações entre os Estados Membros. A DAE II⁹ alarga o âmbito de aplicação às relações com Estados terceiros, sendo que, e finalmente, se introduziu uma regra especificamente dedicada às assimetrias híbridas importadas¹⁰. Esta regra foi transposta para o ordenamento jurídico português com a Lei n.º 24/2020, de 6 de julho (lei que implementou, entre nós, a DAE II), através de uma alteração ao CIRC.

Considerando a controvérsia na génese da regulação das assimetrias híbridas importadas, manifestada ainda na sua fase embrionária, ficamos algo surpreendido com o fato de a implementação em Portugal não ter sido precedida de análise compreensiva. Algo a que nos propomos fazer através da presente tese de mestrado, mitigando uma lacuna existente na atual doutrina, pese embora esta seja eventualmente justificada pela novidade do tema.

1.2. Objetivos da Tese

Através desta tese, propomo-nos proceder a uma análise cuidada e demonstrativa das regras relativas ao combate às assimetrias híbridas importadas, com um especial enfoque nas dimensões europeia e portuguesa. Procuraremos ainda antecipar as dificuldades que os sujeitos passivos nacionais e a AT poderão enfrentar aquando da

⁶ O combate às assimetrias híbridas importadas não foi bem recebido por parte das entidades consultadas, embora seja por estas reconhecida a necessidade da existência de meios de combate às assimetrias híbridas no geral, vide OCDE (2014), “*Comments received on Public Discussion Drafts – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”.

⁷ Recomendação 8 do relatório da OCDE, vide OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, p.83-91.

⁸ Embora restrita ao mercado interno, a DAE I procura estabelecer regras contra as práticas de elisão fiscal. No considerando 5 da DAE I, determina-se ser “*necessário estabelecer regras contra a erosão das bases tributáveis no mercado interno e a transferência de lucros para fora do mercado interno (...)*”, postulando a referida Diretiva regras de combate às assimetrias híbridas que existam no relacionamento entre Estados Membros.

⁹ Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29 de maio de 2017.

¹⁰ Com efeito, o artigo 9.º da DAE I, conforme alterado pela DAE II, passa a dispor, no seu n.º 3, de uma regra de combate às assimetrias híbridas importadas.

interpretação e aplicação destas normas, tendo particularmente em conta o relacionamento de Portugal com jurisdições em que tradicionalmente encontramos estruturas de investimento multinacionais com “presença portuguesa”.

1.3. Objeto

1.3.1. Delimitação Positiva

Numa primeira fase analisaremos as regras de combate às assimetrias híbridas importadas no âmbito da ação 2 do BEPS, da DAE II e da Lei 24/2020, de 6 de julho (que implementa a DAE II em Portugal), procurando estabelecer uma definição conceptual destas assimetrias e elencar os objetivos e dificuldades inerentes ao seu combate.

Numa segunda fase, iremos concentrar-nos na realidade portuguesa. Analisaremos a adequação da transposição portuguesa das regras sobre assimetrias híbridas importadas, na sua redação atual atribuída, e iremos sugerir, quando apropriado, alterações que julgamos que deveriam ter sido consideradas pelo legislador português.

Procederemos a uma análise tanto jurídica como de política fiscal.

1.3.2. Delimitação Negativa

Focando-se a presente exposição nas assimetrias híbridas importadas, não serão aqui consideradas, exceto na medida do estritamente necessário, o combate às demais assimetrias híbridas, seja no quadro da OCDE, seja no contexto da UE (pelas DAE I e II).

Não serão aqui considerados outros impostos que não o imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (e impostos de idêntica natureza estabelecidos por outras jurisdições). Não nos referiremos a questões que não tenham natureza jurídica ou de política fiscal.

1.4. Metodologia e Bibliografia

Circunscrito o objeto da nossa tese, cabe-nos descrever a metodologia a adotar para efeitos da presente exposição.

O exame foi precedido de uma leitura cuidada de todos os materiais oficiais disponibilizados, tanto pela OCDE como pela União Europeia. Fizemos ainda um criterioso levantamento e estudo de materiais de ordem legislativa, jurisprudencial e doutrinal.

O combate às assimetrias híbridas importadas será analisado considerando as recomendações da OCDE, especialmente no que toca à sua definição, sendo também abordado o modo como este se prossegue através da DAE II. Para este efeito, além da análise dos documentos publicados pela OCDE relativamente a esta matéria, com enfoque especial não só ao relatório final da Ação 2 do BEPS mas também aos comentários feitos pelas entidades consultadas na sua elaboração, bem como a DAE II em si, será considerada a posição que a doutrina adota relativamente a este tema.

Por outro lado, focar-nos-emos na realidade portuguesa, através de uma análise compreensiva das normas legais atualmente em vigor em Portugal.

Para a citação, seguimos as normas do *House Style* do IBFD¹¹.

1.5. Sequência

No capítulo 2 ensaiaremos uma definição de “assimetrias híbridas importadas” e tentaremos classificar as várias modalidades utilizadas para o seu combate, tendo em conta (i) o modo como este é feito através das recomendações da OCDE e da DAE II, (ii) os eventuais desvios que possam existir ao abrigo dos diversos ordenamentos jurídicos (em particular da UE), que contenham aspetos distintos dos previamente analisados e, finalmente, (iii) a realidade portuguesa, nos termos da atual redação do CIRC.

No Capítulo 3 faremos um levantamento das dificuldades práticas relativas ao combate às assimetrias híbridas importadas, quer estas se manifestem ao nível dos sujeitos passivos quer se manifestem ao nível das administrações fiscais, nomeadamente tendo em conta a complexidade das regras, a dificuldade na recolha de informação, os custos administrativos e os de cumprimento, e, bem assim, a possibilidade da prossecução daquele combate redundar em casos de dupla tributação não intencional.

O Capítulo 4 centra-se na identificação de sugestões de melhoria do combate às assimetrias híbridas importadas em Portugal, através de redações normativas que

¹¹ <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Guidelines-IBFD-Standard-Citations-References.pdf>.

poderiam ser consideradas tendo em conta as adversidades elencadas no capítulo precedente.

Por último, exporemos as nossas conclusões.

2. O Combate às assimetrias híbridas importadas

2.1. Assimetrias híbridas importadas

2.1.1. Contextualização

No âmbito da Ação 2 do Plano BEPS, a OCDE alertou para a possibilidade de as regras de combate às assimetrias híbridas motivarem os sujeitos passivos a soluções de planeamento fiscal que permitissem evitar a sua aplicação, como as assimetrias híbridas importadas¹².

A definição avançada pela OCDE parte da constatação do carácter utópico da sintonia internacional das regras de combate às assimetrias híbridas, a qual estaria dependente de opções legislativas internas dos diversos Estados. Mesmo em zonas de integração, como é o caso da UE¹³, este resultado (total sintonia) mostra-se profundamente difícil de alcançar¹⁴.

¹² OCDE, 2014 “*Public Discussion Draft – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”, § 50.

¹³ Art.º 115.º do TFUE.

¹⁴ DOCCLO, Caroline, “*The European Union’s Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States’ Disparate Tax Legislations*”, 71 *Bulletin for International Taxation* 7, 2017, p. 22.

2.1.2. Noção de assimetria híbrida importada

Uma assimetria híbrida importada consiste num pagamento dedutível, feito por uma entidade residente em determinado Estado, que financia uma assimetria híbrida que ocorre nas relações entre outros dois Estados.

A recomendação 8 do Relatório Final da Ação 2 do BEPS propõe ao Estado onde se encontre o sujeito passivo pagador (isto é, um Estado que tenha adotado medidas de combate às assimetrias híbridas) a aplicação uma regra defensiva que recuse uma dedução relativa a um qualquer pagamento híbrido importado, na medida em que esse pagamento financie uma dedução híbrida noutra jurisdição¹⁵.

Na origem das assimetrias híbridas está sempre presente um conflito de qualificação, que determina que uma mesma realidade seja tratada de modo diferente em dois ordenamentos jurídicos distintos¹⁶. As assimetrias híbridas importadas não fogem a esta regra, atribuindo relevância a um conflito de qualificação suscetível de originar uma vantagem fiscal, que se manifesta, não só ao nível das duas jurisdições para as quais determinada realidade tem um tratamento díspar, mas também ao nível de uma outra jurisdição.

Poder-se-á dizer que assimetrias híbridas importadas comportam três elementos fundamentais:

- a) Um pagamento dedutível feito por uma entidade cuja jurisdição de residência fiscal adotou regras de combate às assimetrias híbridas (“pagamento híbrido importado” ou *imported mismatch payment*);
- b) Um pagamento dedutível feito por uma entidade não sujeita às regras destinadas a neutralizar os efeitos das assimetrias híbridas, que origina uma assimetria híbrida (“dedução híbrida” ou *hybrid deduction*); e
- c) Um nexó entre os dois elementos elencados acima, que evidencia como o pagamento referido em a) foi compensado, pela dedução híbrida verificada em b).

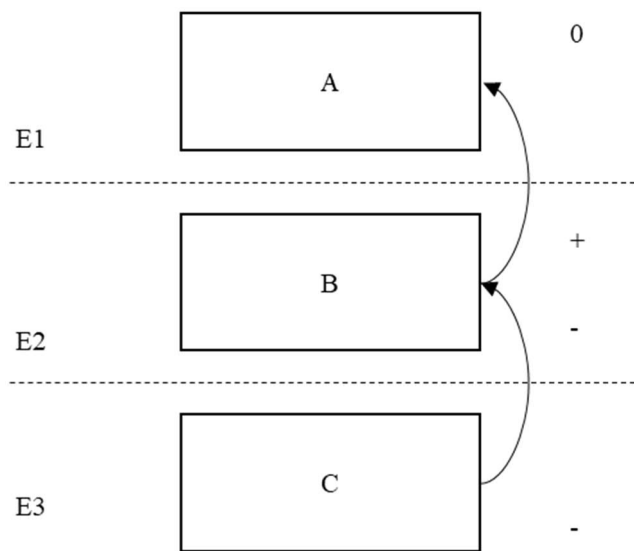
¹⁵ OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, p. 83.

¹⁶ PLEIL, Christoph; SCHWIBINGER, Stefan, “*Confronting conflicts of qualification in tax treaty law: The principle of common interpretation and the new approach revisited*” Vol. 10, World Tax Journal, 2018, No. 3, p.13.

2.2. *Modus operandi* – vantagens fiscais com as assimetrias híbridas importadas

De uma perspetiva fiscal, as assimetrias híbridas importadas conduzem a situações de D/NI ou DD.

Figura 1 – Caso de D/NI com recurso a um instrumento financeiro híbrido.



Na figura acima, A é residente no E1, detém a totalidade do capital de B, residente no E2. Esta, por sua vez, detém a totalidade do capital de C, residente no E3. A financia um determinado montante a B que, por sua vez é financiado a C.

C paga juros do financiamento que lhe foi concedido por B, deduzindo o respetivo gasto, para efeitos fiscais.

B, por sua vez, paga juros a A, no mesmo montante, em virtude do financiamento concedido pela última (A) à primeira (B).

B inclui o rendimento recebido por C no seu lucro tributável, deduzindo o pagamento que faz a A.

A, no entanto, considera o rendimento que recebe de B como capital (“*equity*”)¹⁷, não sendo o mesmo incluído na sua base tributável.

De todas os Estados representados acima, apenas E3 tem normas que permitem o combate às assimetrias híbridas.

¹⁷ Por exemplo, com base num pedido de informação vinculativa concedido pela autoridade tributária desse Estado, com base na orientação jurisprudencial vigente naquele Estado ou por força de norma explícita daquele Estado que qualifica aquele rendimento daquela forma.

Bem se vê que o conflito de qualificação inerente à assimetria híbrida e, por conseguinte, o resultado de D/NI, não se deve à relação entre as sociedades B e C dado que, nas jurisdições em que estão estabelecidas, não existe um qualquer conflito de qualificação do instrumento financeiro: trata-se de um instrumento financeiro de características comuns, do qual resultam pagamentos de juros, dedutíveis, em princípio¹⁸, e tributáveis ao nível da sociedade beneficiária.

Este conflito de qualificação manifesta-se na relação entre os ordenamentos jurídicos de E1 e de E2. Enquanto o último trata o pagamento feito por B como um juro, permitindo a sua dedutibilidade para efeitos fiscais, o primeiro trata o pagamento recebido por A como um dividendo¹⁹, excluindo-o de tributação. Como referido anteriormente, isto é possível porque nenhum dos Estados adotaram medidas para neutralizar as assimetrias híbridas, não existindo quaisquer mecanismos que (i) recusassem a dedução ao nível de B ou (ii) forçassem a inclusão ao nível de A²⁰.

Sem a existência de regras especificamente dirigidas ao combate das assimetrias híbridas importadas, é possível usar uma sociedade num terceiro Estado de modo a neutralizar os efeitos das *linking rules* vigentes nas relações entre os Estados onde originariamente a operação transnacional se localiza.

¹⁸ Em Portugal, além das regras gerais da dedutibilidade de gastos para efeitos de IRC, a dedutibilidade de gastos de financiamento é sujeita a um tratamento especial através do regime do artigo 67.º do CIRC. Assumimos que, neste caso, não há lugar à aplicação de qualquer limitação na dedutibilidade de gastos de financiamento, sendo estes plenamente dedutíveis.

¹⁹ Como acontece em Portugal, nos casos de aplicabilidade do artigo 51.º do CIRC, cuja intenção é a de evitar a dupla tributação económica dos rendimentos distribuídos por uma subsidiária. No entanto, também esta regra da legislação doméstica acautela cenários de D/NI, nos termos do n.º 6. Trata-se de uma *linking rule* em tudo semelhante àquelas que se recomendam para o combate às assimetrias híbridas.

²⁰ No âmbito do relatório da Ação 2 do BEPS, são propostas duas regras fundamentais: a regra primária, que implica uma recusa da dedução ao nível da entidade pagadora, e a regra secundária, que força a inclusão do rendimento ao nível da sociedade beneficiária.

2.3. Alternativas de combate às assimetrias híbridas importadas

A recomendação 8 da Ação 2 do BEPS circunscreve-se às operações intragrupo e aos “acordos estruturados” (estes definidos, também, no relatório da Ação 2 do BEPS²¹).

Ainda que seja fácil definir relações intragrupo, a expressão acordo estruturado²² é de mais difícil delimitação, dada a sua abrangência. Esta abarcará qualquer acordo em que a assimetria híbrida seja considerada nos seus termos ou quando os factos e circunstâncias do mesmo indicam que foi desenvolvido com o intuito de produzir uma assimetria híbrida²³.

Face ao alargado âmbito do combate a este tipo de assimetrias, foram desenvolvidas regras de rastreamento de pagamentos, hierarquizadas por prioridade – são elas a regra das “assimetrias importadas estruturadas”; a regra das “assimetrias importadas diretas” e a regra das “assimetrias importadas indiretas”.

Numa primeira fase, caberá identificar o pagamento que gera uma assimetria híbrida (no caso de Portugal, qualquer uma daquelas que constam da definição de “assimetria híbrida” agora incluída no CIRC²⁴). Posteriormente, cabe determinar a medida na qual este foi financiado por um pagamento feito por uma entidade residente em uma jurisdição que adotou as recomendações da OCDE.

Caso seja possível determinar que esse financiamento ocorre, caberá a esta jurisdição recusar a dedução do gasto correspondente. Certo é que a assimetria híbrida continua a existir ao nível das jurisdições alheias a estas recomendações, mas a recusa da dedução ao nível de outra jurisdição permite evitar a erosão da base fiscal²⁵ provocada pela situação de D/NI.

O objetivo é preventivo: pretende-se evitar que os sujeitos passivos se façam valer de regimes *offshore* (i.e., aqueles que não regulam as assimetrias híbridas) para a

²¹ Vide OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, Chapter 10.

²² Quando determinado consultor fiscal sugere, relativamente a um acordo de financiamento entre entidades terceiras, a inclusão de um instrumento financeiro híbrido com o propósito de obter uma vantagem fiscal (de D/NI), por exemplo.

²³ A OCDE elenca uma série de indicadores para a consideração de determinado acordo enquanto acordo estruturado, como o sejam (i) este for desenhado ou ser parte de um plano para criar uma assimetria híbrida; (ii) contempla um termo, um passo ou uma transação usada para a criação de uma assimetria híbrida; (iii) ser apresentado a sujeitos passivos numa jurisdição onde surge a assimetria híbrida, entre outros.

²⁴ Art. 68.º-A, n.º 1, alínea b) do CIRC.

²⁵ Embora esta erosão se verifique em outras jurisdições, a não dedutibilidade assegura a tributação do rendimento não incluído, evitando que um grupo multinacional (ou até terceiros, no âmbito de um acordo estruturado) beneficie do resultado económico de uma assimetria híbrida.

sedimentar planos através dos quais obtêm vantagens fiscais (D/NI ou DD) atingidos através de características híbridas de determinada transação.

Para que se consiga identificar os três elementos acima enunciados²⁶, a OCDE indica que se devem respeitar as seguintes regras, as quais são de aplicação sequencial, pela ordem através da qual as expomos.

A primeira é conhecida como regra das “assimetrias importadas estruturadas”. Esta pressupõe a existência de um pagamento feito ao abrigo de um acordo estruturado, o qual origina uma dedução híbrida. Determinado acordo estruturado constituirá uma assimetria importada na medida em que a dedução híbrida que se verifique seja financiada através de um pagamento feito ao abrigo desse acordo. Nos termos desta primeira regra, o Estado pagador no âmbito do acordo estruturado recusará a dedução a esta entidade pagadora.

No caso de esta primeira regra não ser suficiente para a neutralização da assimetria híbrida, recorre-se às seguintes regras.

A segunda regra (apelada de “assimetrias importadas diretas”) centra-se na dedução híbrida verificada e tenta encontrar os pagamentos que foram realizados para a financiar por parte das entidades do grupo. Implica eventuais considerações *pro-rata* quando existam vários pagamentos que poderão estar a financiar uma mesma dedução híbrida, no sentido de evitar a ocorrência de situações de dupla tributação²⁷.

A última regra a aplicar (regra das “assimetrias importadas indiretas”) pressupõe uma nova realidade: a dedução híbrida excedente (a qual pode ocorrer no caso de as duas primeiras regras não neutralizarem totalmente a assimetria híbrida verificada). Esta dedução híbrida excedente compensa a tributação dos pagamentos híbridos importados recebidos indiretamente de membros do mesmo grupo.

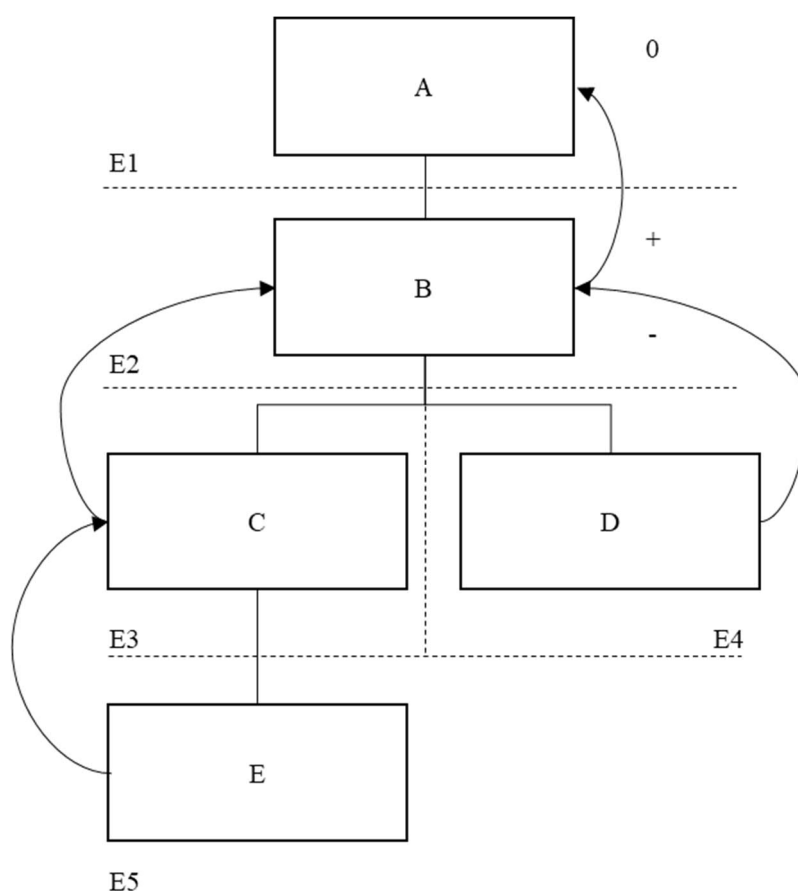
Estas regras, se consistentemente aplicadas pelas jurisdições envolvidas, neutralizam a existência de assimetrias híbridas importadas e impedem a emergência de situações de dupla tributação.

Vejamos a sua aplicação prática através de um exemplo.

²⁶ O pagamento híbrido importado, a dedução híbrida e o nexos entre eles.

²⁷ As quais seriam manifestas quando vários Estados aplicassem esta regra cegamente, i.e., sem considerar a sua aplicação por outros Estados. Este resultado seria incompatível com os objetivos que este tipo de normas pretende alcançar.

Figura 2 – Aplicação das regras de combate às assimetrias híbridas importadas



A é a sociedade mãe do Grupo ABCDE, residente no E1. Esta entidade concede um financiamento a B, residente no E2, através de um instrumento financeiro híbrido.

B presta financiamento a C através do mesmo acordo de financiamento do grupo, e já havia prestado, previamente à existência daquele acordo, um financiamento a D. C concede um financiamento no âmbito do mesmo acordo intragrupo a E, sua subsidiária residente no E5. Todos os pagamentos têm o mesmo montante (100), à exceção do pagamento de B para A (150). Os Estados de C, D e E são os únicos que adotam regras anti-assimetrias, seguindo as recomendações da OCDE.

O pagamento feito por B a A gera uma situação de D/Ni, que nasce do conflito de qualificação existente entre E1 e E2 quanto ao instrumento financeiro aqui utilizado – B deduz o pagamento, mas A não o inclui no seu lucro tributável – a assimetria híbrida importada nasce pelo facto de a utilização de E2 (que não tem regras de combate às

assimetrias híbridas) não promover qualquer regra para neutralizar a assimetria híbrida, importando o seu resultado para países que efetivamente têm estas regras.

Para a aplicação das regras mencionadas previamente, o primeiro passo será identificar a dedução híbrida. Esta manifesta-se ao nível de B, cujo pagamento a A ao abrigo do instrumento financeiro híbrido motiva uma D/NL.

O pagamento de C a B é feito ao abrigo do mesmo “acordo estruturado” que motiva o pagamento de B para A. Assim, o montante pago por C a B (100) é considerado um pagamento híbrido importado. Através da primeira regra²⁸, o E3 deverá recusar a C uma dedução no montante de 100.

Todavia, e mesmo com a aplicação desta regra, ainda não foi totalmente neutralizada a assimetria híbrida. Com efeito, B teve uma dedução de 150.

Cabe aplicação da segunda regra, a das “assimetrias importadas diretas”²⁹. Através desta regra, analisamos o pagamento de D para B (embora não se aplique a lógica do acordo estruturado – o financiamento entre estas duas entidades é anterior a este último). Assim, o E4 deveria recusar a D uma dedução – no entanto, o montante dedutível ao nível de D (100) é superior à dedução híbrida de B (50). O montante de dedução a recusar será determinado pela seguinte forma:

Pagamento híbrido importado feito por D (100) x [montante de dedução híbrida restante (50) / montante total de pagamentos híbridos importados recebidos (100)]

Através da aplicação desta fórmula teríamos: $100 \times 50/100 = 100 \times 1/2 = 100/2 = 50$. Deveria E4 recusar uma dedução de 50 ao nível de D, ficando assim plenamente neutralizada a assimetria híbrida.

Neste exemplo, não há lugar à aplicação da regra dos híbridos importados indiretos, a qual seria aplicável pelo E5, uma vez que não existe qualquer excedente de dedução híbrida a colmatar. Caso restasse uma dedução híbrida excedente ao nível de B, após a aplicação das duas primeiras regras, seria E5 chamado a intervir.

É possível aferir a hierarquia das regras a aplicar através do exemplo *supra*. Dado o E3 (onde C é residente) aplicar da regra dos acordos estruturados, a totalidade da

²⁸ A regra das “assimetrias importadas estruturadas”, que rastreia pagamentos feitos ao abrigo de um acordo estruturado suscetíveis de financiar uma dedução híbrida.

²⁹ Uma vez que a primeira regra não foi suficiente para neutralizar a assimetria híbrida, que ainda se manifesta (no montante de 50).

dedução de C é recusada. Ao invés, no E4, apenas 50% da dedução é recusada, na exata medida em que esta financia a dedução híbrida restante, ao nível de B.

2.4. Disparidades na implementação das regras sobre assimetrias híbridas importadas

Existem Estados que adotaram medidas de combate às assimetrias híbridas importadas com algumas particularidades relevantes, que acabam por extravasar as recomendações da OCDE (ou a enfrentar problemas distintos).

Nos EUA, a secção 267A do *Internal Revenue Code* refere-se a pagamentos de juros e royalties que envolvam assimetrias híbridas, desde que produzam efeitos de D/NI (direta ou indiretamente). As regras americanas, tal como as recomendações da OCDE, recusam deduções aos chamados *specified parties*, e aqui jaz a sua grande particularidade. O conceito de *specified parties* é amplo o suficiente para incluir sujeitos passivos americanos, as suas representações (estabelecimentos estáveis destes no estrangeiro) e mesmo SEC³⁰.

No fundo, as regras implicam que a recusa da dedução se pode estender ao nível das regras em matéria de sociedades estrangeiras controladas por se considerar que, caso a dedução não fosse recusada, teríamos uma assimetria híbrida importada ao nível dos EUA³¹.

O resultado seria, de acordo com as normas em matéria de sociedades estrangeiras controladas, a imputação do lucro tributável ajustado da entidade estrangeira à base tributável do seu acionista americano. Pretende-se, assim, evitar um efeito de “importação” para os EUA de um resultado de D/NI³², através de um mecanismo diverso que conjuga a aplicação das regras referidas acima com as regras em vigor naquele país.

³⁰ Em Portugal, as SEC são reguladas pelo artigo 66.º do CIRC, o qual foi sujeito a significativas alterações devido à transposição, para a ordem jurídica interna, da DAE I.

³¹ KARAIANOV, Konstantin, “*Notional interest deduction Regimes in Europe: Through the prism of ATAD 2 and domestic anti-hybrid mismatch rules*”, Vol. 59, *European Taxation*, 2019, No. 10, p. 7.

³² Treas. Reg. Section 1.267A-6(c)(11).

2.5. As opções da União Europeia e de Portugal

A DAE II regula os casos das assimetrias híbridas importadas através de uma alteração ao regime previsto no artigo 9.º da DAE I. O novo³³ artigo 9.º, n.º 3 da DAE dispõe o seguinte: *“Os Estados-Membros recusam a dedução de qualquer pagamento efetuado por um contribuinte na medida em que esse pagamento financiar, direta ou indiretamente, despesas dedutíveis que deem origem a uma assimetria híbrida através de uma operação ou série de operações entre empresas associadas ou realizadas como parte de um entendimento estruturado, exceto na medida em que uma das jurisdições envolvidas nas operações ou série de operações tiver efetuado um ajustamento equivalente no que se refere a essa assimetria híbrida”*³⁴.

A alínea d) do n.º 1 do artigo 68.º-B do CIRC³⁵, que implementa entre nós a DAE em Portugal dispõe que: *“Não concorrem para a determinação do lucro tributável os gastos incorridos ou suportados, na medida em que (...) d) Se destinem a financiar, direta ou indiretamente, despesas dedutíveis que deem origem a uma assimetria híbrida através de uma operação ou série de operações entre empresas associadas ou realizadas como parte de um acordo estruturado, exceto na parte em que outra jurisdição envolvida nas operações ou série de operações tenha efetuado um ajustamento equivalente relativo a essa assimetria híbrida.”*

As normas apresentam-se em total sintonia. Com efeito, tanto na DAE II como no CIRC não será admissível a dedutibilidade de gastos, para efeitos fiscais, quando estes financiem, direta ou indiretamente, uma dedução híbrida numa outra jurisdição, exceto na medida em que outra jurisdição envolvida tenha efetuado um “ajustamento equivalente”.

Tanto a DAE II como a Lei n.º 24/2020, de 6 de julho, procedem à definição de vários dos termos que compõem a previsão desta norma, nomeadamente os de “assimetria híbrida”, de “acordo estruturado” e de “empresas associadas”. Não existe, contudo, qualquer definição de “ajustamento equivalente”, em qualquer dos diplomas.

As regras europeia e portuguesa divergem das recomendações da OCDE dado que não se aplicam quando exista um “ajustamento equivalente”. Ou seja, no caso de a

³³ Na medida em que a DAE II altera o artigo 9.º da DAE I.

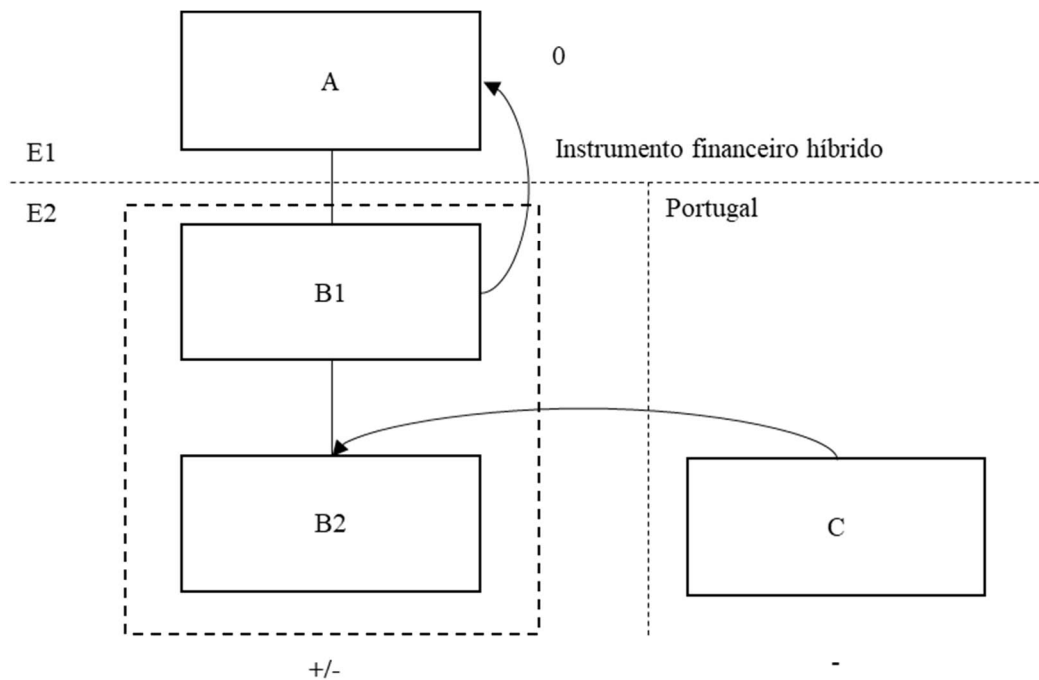
³⁴ De acordo com a tradução para língua portuguesa da DAE II, consultada em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=GA> a 8/12/2020.

³⁵ Na redação que lhe foi dada pela Lei 24/2020, de 6 de julho.

dedução híbrida se manifestar ao nível de um EM, não basta que este tenha implementado, na sua ordem jurídica o conjunto de regras previstas na DAE II. É ainda necessário que promova um ajustamento, recusando aí a dedução, para que o resultado da D/NI não seja importado para outro EM, que aí a recusaria³⁶.

³⁶ *A contrario*, vide OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, p. 91 – Embora seja certo que a OCDE faz esta referência assumindo o cenário ideal de implementação perfeitamente coordenada e harmonizada destas regras, pressupondo que onde a entidade que faz o pagamento híbrido importado à entidade com dedução híbrida, ambas fariam exatamente a mesma correção quando perante os mesmos factos. Parece, assim, não contar com os desvios inerentes à transposição da DAE II.

Figura 3 – Aplicação da regra portuguesa e da DAE



Na figura acima, A (residente em E1), B1 e B2 (residentes em E2) e C (residente em Portugal) são membros do mesmo grupo. Para efeitos da legislação de E2, B1 e B2 são tributados ao abrigo de um regime de tributação de grupo (como o do Reino Unido). Ao abrigo deste regime particular, uma sociedade pode conceder uma perda a outra sociedade membro do grupo.

C faz um pagamento de um juro a B2, ao abrigo de um instrumento financeiro sem características híbridas. Por sua vez, B1 faz um pagamento de juro a A com recurso a um instrumento financeiro híbrido (isto dado que o pagamento de B1 a A é dedutível ao nível de B1, mas não incluído ao nível de A dado que, na jurisdição deste último, se considerar que se tratam de dividendos excluídos de tributação). Este pagamento origina uma situação de D/Ni. A perda verificada ao nível de B1 é entregue a B2 com base no regime de tributação de grupos vigente em E2, compensando a inclusão no lucro tributável que B2 havia feito relativamente ao pagamento que recebeu de C.

Com base nas regras previstas (tanto na DAE II como em Portugal), a dedução ao nível de C seria suscetível de ajustamento, pois a situação consubstancia uma assimetria híbrida importada.

3. Os vários problemas das assimetrias híbridas importadas

3.1. Dificuldades ao nível do sujeito passivo

Para efeitos da caracterização das dificuldades que existem no âmbito do combate às assimetrias híbridas, parece-nos adequado distinguir entre as dificuldades enfrentadas pelos sujeitos passivos (que serão examinadas nesta secção) e as enfrentadas pelas autoridades tributárias (examinadas na secção seguinte). Relativamente às primeiras, destacaremos a complexidade das regras e as dificuldades na recolha da informação necessária à aplicação das regras.

3.1.1. Complexidade das regras de combate às assimetrias híbridas importadas

A aplicação das regras anti-assimetrias híbridas requer um esforço significativo o qual recairá, *prima facie*, sobre o sujeito passivo. Isto porque estas regras requerem que o sujeito seja capaz de perceber qual o tratamento fiscal dado a determinado pagamento, tanto na sua própria jurisdição bem como na jurisdição da contraparte (entidade à qual é feito o pagamento)³⁷.

A complexidade aumenta no caso de assimetrias híbridas importadas, que exigem da entidade pagadora (i.e., a entidade responsável pelo pagamento híbrido importado) uma compreensão do tratamento fiscal dado ao pagamento que faz a uma entidade intermédia, na jurisdição na qual esta está estabelecida, e, ainda, o tratamento que é dado a um pagamento feito por essa entidade intermédia, ao abrigo das leis da jurisdição na qual se estabelece, a uma entidade que recebe este outro pagamento³⁸.

Tal pode conduzir a erros involuntários, criando entropias que prejudicarão uma aplicação coordenada e harmonizada das regras. Este esforço “triplo” – i.e., a necessidade de aferir o tratamento fiscal de pagamentos em três jurisdições distintas – pode parecer hercúleo, em muitos casos. Perante um instrumento financeiro simples (por exemplo, um suprimento³⁹) pode nem ser muito assinalável. No entanto, a dificuldade cresce

³⁷ A aplicação das recomendações da OCDE pressupõe sempre um conhecimento da qualificação que uma jurisdição estrangeira atribui a determinado pagamento ou entidade, para que outra jurisdição seja capaz recusar uma dedução.

³⁸ OCDE (2014) – “Comments received on Public Discussion drafts – BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements” – AztraZeneca: “(...) This will be particularly so for the imported mismatch arrangements as the rules in this area would require companies to obtain an understanding of the corresponding tax treatment of an arrangement in more than one additional overseas jurisdiction”.

³⁹ Os contratos de suprimentos são definidos pelo artigo 243.º do CSC - o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a última obrigada a restituir o mesmo

proporcionalmente ao aumento da complexidade do próprio instrumento financeiro, o qual poderá revestir diversas formas e ter, na sua génese, um carácter híbrido (por exemplo, os *Profit Participating Loans*⁴⁰ e as *Mandatory Convertible Notes*⁴¹, cujo hibridismo resulta da sua própria definição). A par de instrumentos financeiros complexos, a classificação de entidades pode levantar problemas, bastando, para o efeito, pensar nas regras *check-the-box*⁴² dos EUA.

Estas dificuldades, que já existem ao nível dos grupos multinacionais, potenciam-se quando analisamos as assimetrias híbridas importadas ao abrigo do conceito de “acordo estruturado”, nos quais a proximidade entre as partes não existe (ou, pelo menos, é mais frágil).

3.1.2. As dificuldades na recolha de informação

A complexidade das regras conduz a elevados custos de cumprimento⁴³ para os sujeitos passivos que as terão de aplicar, o que requer a recolha de toda a informação necessária para esse efeito.

montante no mesmo género e qualidade, ou o contrato pelo qual o sócio convencionou com uma sua subsidiária o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela. Em qualquer caso, o suprimento tem um carácter de permanência. Este tipo de contratos é, até, incentivado, através da criação de isenções em sede de imposto do selo, como aquela que consta da alínea i) do n.º 1 do CIS. Em sede de IRC; para efeitos de RF, também a alínea h) do n.º 1 do artigo 97.º do CIRC dispensa os juros decorrentes de contratos de suprimento de RF.

⁴⁰ JANSSENS, Pascal, *et al* – “*The end of intra-group financing... or not just yet*” – Part 1, Vol. 55, European Taxation, 2015, No. 7, p. 10.

⁴¹ As “MCN” são títulos representativos de dívida híbridos, desenhados como obrigações mas que são suscetíveis de posterior conversão em capital, *vide* HUERGA, Angel; RODRIGUEZ-MONROY, Carlos, “*Mandatory Convertible Notes as Sustainable Corporate Finance Instrument*”, Department of Organization Engineering, Business Administration and Statistics, Industrial Engineering School, Universidad Politécnica de Madrid, 2019.

⁴² As regras *check-the-box* nos EUA traduzem-se na possibilidade de, relativamente a determinadas entidades, ser feita uma eleição que permite que estas entidades sejam consideradas enquanto (i) *partnerships* (i.e., entidades transparentes com mais do que um acionista); (ii) *corporations* (i.e., entidades opacas) ou (iii) *disregarded entities* (i.e., entidades transparentes com apenas um acionista). De destacar que as sociedades anónimas, em Portugal, não são elegíveis para este tipo de classificações, devendo, em qualquer caso, ser tratadas enquanto *corporations*, com base na tricotomia acima (portanto, para os EUA, serão sempre entidades opacas, limitando a possibilidade de estas serem consideradas enquanto entidades híbridas).

⁴³ Os custos de cumprimento manifestam-se ao nível dos sujeitos passivos, na medida em que estes sofrem custos relacionados com a imposição e arrecadação do imposto. Podem ser económicos ou não económicos – os económicos podem ser mensurados, e consistem no tempo e dinheiro associados à interação dos sujeitos passivos com os requisitos impostos pelas autoridades fiscais. Os não económicos não são mensuráveis, e incluem os custos psicológicos inerentes ao stress e ansiedade no cumprimento com determinadas normas (por exemplo, inerentes a uma inspeção tributária) – *vide* POPE, Jeff, “*Administrative and compliance costs of International Taxation*”, The International Taxation System, Chapter 14, 2002.

Embora tenha uma relação estreita com o primeiro dos problemas aqui levantado, complexidade e recolha de informação são questões distintas. O que está agora em causa é não a complexidade das regras mas a dificuldade na recolha da informação necessária para a sua aplicação e para, posteriormente (e diríamos, quase inevitavelmente, todas as discussões com as autoridades tributárias, todas as discussões em tribunais, a preparação para submissão de declarações periódicas de rendimentos, todas as inspeções tributárias, etc.

A OCDE não foi alheia aos custos de cumprimento com a recolha de informação, propondo uma aplicação compreensiva e coerente das recomendações contidas na Ação 2 do BEPS⁴⁴. No entanto, e apesar de colocar “o dedo na ferida”, não apresentou soluções concretas.

Talvez por a introdução destas regras ser bastante recente, especialmente na UE⁴⁵, ainda não são conhecidos muitos casos de Estados que tenham criado sistemas específicos para reduzir os custos de cumprimento, facilitando a *compliance*. No entanto, a Holanda, introduziu já, aquando da transposição para a sua ordem jurídica interna da DAE II, um requisito de documentação específico⁴⁶ que visa facilitar a sua aplicação. Essencialmente dispõe-se o seguinte:

- (i) Por um lado, se o entendimento do sujeito passivo for o de as regras não se aplicam, este deverá estar na posse de documentação relevante que justifique esta não aplicação;
- (ii) Se, inversamente, o sujeito passivo considerar que as regras se aplicam, este deverá reunir documentação que permita justificar a sua aplicação (e, bem assim, em que medida esta foi feita).

A documentação que deverá ser reunida para, em ambos os casos, é a seguinte:

- (i) Organigramas relativos à presença mundial do grupo;
- (ii) Análise dos instrumentos financeiros, entidades híbridas e estabelecimentos estáveis usados, com base tanto nas leis holandesas como nas estrangeiras;

⁴⁴ OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, p. 94.

⁴⁵ Os Estados-Membros deverão aplicar as normas de combate às assimetrias híbridas com países terceiros a partir de 1 de janeiro de 2020, *vide* art. 2.º, n.º 1 da DAE II.

⁴⁶ KU, Jian-Cheng; BANE, Rhys, “*Netherlands: The documentation requirements of ATAD II in the Netherlands explained*” consultado a: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b116zctqrhdy0s/netherlands-the-documentation-requirements-of-atad-ii-in-the-netherlands-explained>, a 26/11/2020.

- (iii) Declarações de rendimentos estrangeiras, na medida em que aí esteja especificado o tratamento conferido, na respetiva jurisdição, aos instrumentos financeiros híbridos, entidades híbridas ou estabelecimentos estáveis híbridos (as autoridades tributárias holandesas procuram aferir o tratamento *cross-border* dado a determinada realidade, evitando uma análise direta de leis estrangeiras);
- (iv) Um parecer de um perito na lei fiscal estrangeira relevante;
- (v) Existindo aplicação das regras referentes às assimetrias híbridas, um cálculo evidenciado do ajustamento realizado neste âmbito.

A consequência do não cumprimento do requisito de documentação é o da inversão do ónus da prova, o qual passará a recair sobre o sujeito passivo. Cabe salientar que os requisitos holandeses descritos acima se aplicam transversalmente a todas as assimetrias híbridas (i.e., não são específicos para as assimetrias híbridas importadas).

A lei portuguesa não contém um dispositivo similar. Talvez a ausência se deva a uma total desconsideração deste aspeto por parte do legislador. Pode ainda dever-se ao pouco conhecimento que existe, em sede de Direito comparado, relativamente ao tipo de documentação que seria necessária para que o controlo à aplicação destas regras fosse eficaz.

Note-se que a imposição de requisitos apertados de *compliance* não implica, per si, um aumento nos custos de cumprimento. Ao invés, ao definir-se qual a documentação necessária, os custos podem diminuir dado que, *ultima ratio*, tal limitará as inúmeras discussões que nos próximos anos irão certamente opor os sujeitos passivos e a AT.

3.2. Dificuldades ao nível das autoridades tributárias

Embora, até aqui, nos tenhamos debruçado sobre a dificuldade ao nível dos sujeitos passivos, também as várias autoridades tributárias (dos Estados que adotaram o combate às assimetrias híbridas importadas) enfrentarão dificuldades significativas.

A AT portuguesa não tem uma experiência significativa com abordagens de *look-through*⁴⁷, experiência essa que facilitaria a análise ao tentar encontrar uma dedução

⁴⁷ A abordagem *look-through* é tipicamente usada para desconsiderar uma entidade que recebe um pagamento, com o propósito de determinar quem é o verdadeiro beneficiário efetivo, que muitas vezes se situa vários níveis acima numa determinada cadeia acionista. A sua importância é relevante, por exemplo,

híbrida eventualmente financiada por um pagamento híbrido importado feito por uma entidade portuguesa (no sentido de rastrear uma cadeia de pagamentos de modo eficaz).

A natureza das assimetrias híbridas importadas e o seu âmbito de aplicação invulgarmente alargado implica, também, um aumento exponencial daquilo que são os mecanismos de controlo que terão que ser implementados.

Existem, de facto, alguns mecanismos que poderiam permitir às autoridades tributárias algum tipo de suporte para a dificuldade da qual nos ocupamos, nomeadamente a DAC6⁴⁸, os acordos de troca de informação em matéria fiscal⁴⁹ e as próprias CDTs⁵⁰. Resta saber se o potencial que estes meios têm será explorado pela AT para estes propósitos e se os mesmos serão suficientes.

Ilustremos as dificuldades inerentes à fiscalização de seguida:

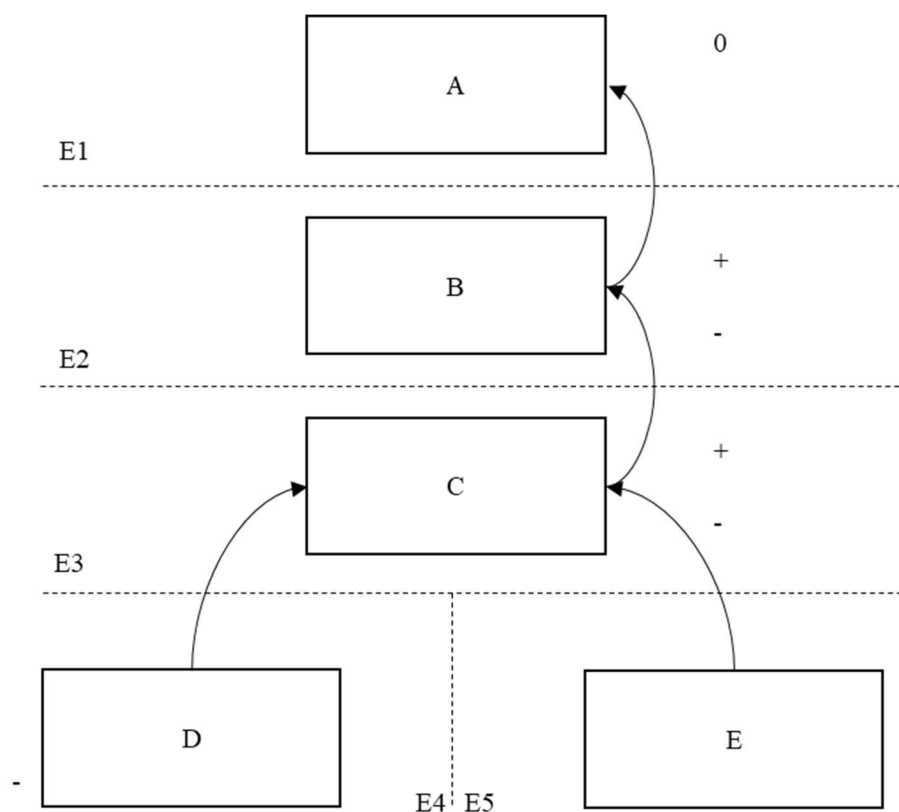
para efeitos das cláusulas específicas anti-abuso, como as que resultam da transposição das diretivas DMF e DJR (cfr. Artigo 14.º do Código do IRC).

⁴⁸ A transposição em Portugal da Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho de 25 de maio de 2018, foi assegurada através da Lei n.º 26/2020, de 21 de julho.

⁴⁹ Portugal possui uma rede destes acordos, que permitem uma troca de informação entre as autoridades tributárias.

⁵⁰ O artigo 26.º da CMOCD (2017) já contempla um mecanismo de troca de informação bilateral. Portugal possui uma extensa rede de CDTs que permite cobrir a generalidade das jurisdições nas quais existe presença de grupos multinacionais que operam em Portugal.

Figura 4 – A dificuldade de fiscalização



A, residente no E1, concede um financiamento a B, residente no E2, que por sua vez concede um financiamento a C residente no E3.

C concede um financiamento a cada uma das suas subsidiárias, as sociedades D e E, residentes, para efeitos fiscais, em E4 e E5, respetivamente. Todas as sociedades detêm a totalidade do capital social das respetivas entidades devedoras no contexto dos financiamentos concedidos.

O pagamento de juros feito por parte de B a A é feito ao abrigo de um instrumento financeiro híbrido (devido a um conflito de qualificação entre E1 e E2)⁵¹, o qual conduz a uma dedução ao nível de B sem que exista a respetiva inclusão do rendimento ao nível de A.

De todos os Estados ilustrados acima, apenas E4 e E5 implementaram as regras referentes às assimetrias híbridas importadas.

⁵¹ SIX, Martin, “Hybrid Finance and Double Taxation Treaties”, 63 Bulletin for International Taxation 1, 2009, p. 3.

Assumimos que (i) existe uma dedução híbrida (ao nível de B) e que (ii) os pagamentos híbridos importados, feitos pelas sociedades D e E, financiam a dedução híbrida mencionada em (i).

Neste caso, os E4 e E5 deverão fazer o seguinte exercício:

- (i) Determinar o tratamento jurídico-tributário dado aos pagamentos que D e E fazem à C, no âmbito das leis do E3;
- (ii) Determinar o tratamento jurídico-tributário dado ao pagamento que C faz a B, no âmbito das leis do E2;
- (iii) Determinar o tratamento jurídico-tributário dado ao pagamento que B faz a A, no âmbito das leis do E1;
- (iv) Determinar a medida na qual o pagamento híbrido importado financia a dedução híbrida ao nível de B;
- (v) Determinar a medida em que a dedução feita pela respetiva sociedade-irmã é recusada no âmbito das leis do E4 ou E5, consoante o caso, e a necessidade de articulação entre eles.

É por demais evidente a dificuldade inerente ao raciocínio que deve ser feito com objetivo de aferir se, no âmbito da lógica das assimetrias híbridas importadas, deverá a dedução do pagamento ser recusada no E4 e no E5.

Além disso, no âmbito de um grupo multinacional, poderá ser extremamente complicado realizar um rastreamento de todas as operações de financiamento que potencialmente poderiam despoletar uma assimetria híbrida importada⁵².

Ao considerar a complexidade dos instrumentos financeiros e da qualificação de entidades, por um lado, e a complexidade dos sistemas jurídico-fiscais de cada jurisdição (complexidade já existente ao nível de um próprio residente dessa mesma jurisdição, que se agiganta quando os meandros são analisados por parte de um residente numa jurisdição estrangeira), facilmente se conclui que as dificuldades de fiscalização são elevadas, ao ponto de ser legítimo questionar se o benefício que se pretende atingir (i.e., prevenir situações de D/NI indiretas criadas através do recurso a assimetrias híbridas) justifica a utilização destes meios⁵³.

⁵² OCDE (2014), “*Comments received on Public Discussion drafts*” – British Private Equity and venture Capital Association, pg. 177.

⁵³ Até porque existirá sempre a possibilidade de, no âmbito de uma estrutura como aquela da qual nos servimos para este exemplo, haver efetiva tributação do rendimento através do mecanismo de RF (embora esta seja dispensada, por vezes, com base em Diretivas de UE ou através de opções tomadas pelas leis domésticas em várias jurisdições).

Eventualmente, em Portugal, a AT terá bastantes dificuldades em fiscalizar as atuações dos contribuintes neste âmbito, especialmente na ausência de definição dos requisitos de documentação específicos neste âmbito.

3.3. A emergência de situações de dupla tributação

3.3.1. Contextualização

A política fiscal inerente às assimetrias híbridas importadas é a de impedir resultados de D/NI ou DD que resultem de uma assimetria híbrida cuja verificação ocorre não na jurisdição do aplicador da regra de correção (que recusa a dedução de determinado pagamento), mas sim numa outra jurisdição, “importando”, assim, a assimetria.

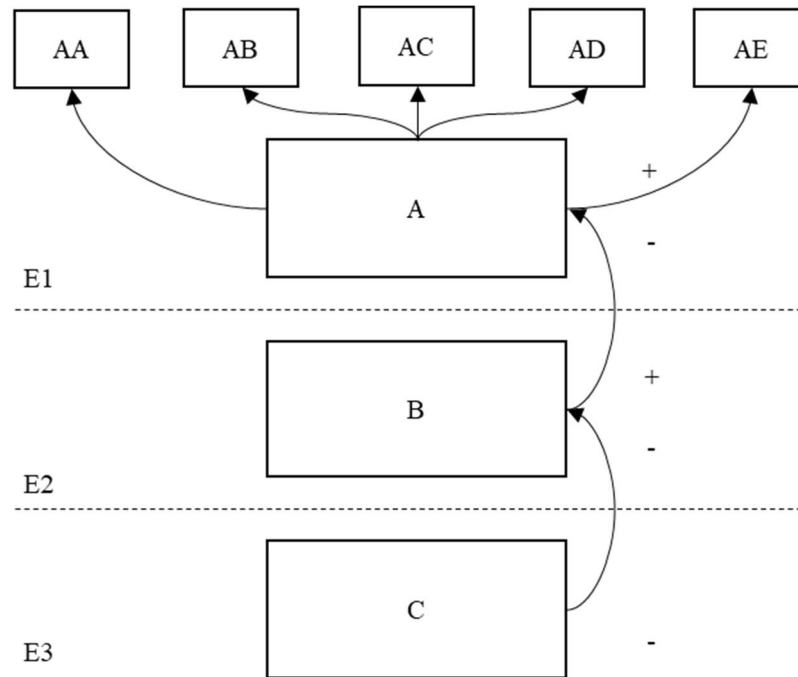
As manifestas dificuldades numa correta aplicação das regras requerem uma cautela adicional, de modo a evitar que o objetivo destas regras ser comprometido através de uma situação de dupla tributação, resultado incompatível com esse objetivo⁵⁴.

3.3.2. Casos de dupla tributação

E o problema da dupla tributação pode, sem dúvida, resultar dos problemas já descritos no ponto 3.1.1., nomeadamente por erros ocorridos durante o exercício imediatamente anterior à aplicação das normas relevantes.

⁵⁴ No âmbito dos *Public Discussions Drafts* relativos à Ação 2 do BEPS, as entidades consultadas muitas vezes se pronunciaram como sendo contra a criação das regras relativas ao combate às assimetrias híbridas importadas, justamente por esta aplicação poder resultar numa proliferação de casos de dupla tributação, sendo mesmo sugerido por várias entidades que este tipo de assimetrias híbridas fosse retirada da versão final do relatório (o que acabou por, evidentemente, não acontecer) *vide* OCDE (2014) – *Comments received on Public Discussion drafts*.

Figura 5 – A dupla tributação



No exemplo supra ilustrado, vemos que AA, AB, AC, AD e AE são investidores em A, residente no E1. Todos os investidores são residentes em jurisdições não representadas nesta imagem. Apenas o E3, onde C é residente, dispõe de regras de combate às assimetrias híbridas.

Existe inclusão apenas ao nível dos investidores AA, AB e AC. Por sua vez, não existe inclusão de rendimento na jurisdição onde são residentes AD e AE.

Os financiamentos conhecidos pelos investidores a A, por esta a B e por esta última a C são todos parte do mesmo acordo estruturado, não existindo qualquer relação, em termos de participações sociais, entre as sociedades A, B e C.

Neste caso, C terá de recusar a dedução do pagamento que faz à B, por força das regras relativas às assimetrias híbridas importadas.

No entanto, C terá de recusar a totalidade da dedução do pagamento, sem considerar qualquer inclusão ao nível dos investidores AD e AE, que efetivamente acontece.

Fruto das dificuldades em aferir o tratamento fiscal que é concedido pela jurisdição de residência dos investidores, principalmente tendo em conta que estamos perante partes não relacionadas, C não consegue descortinar a inclusão do rendimento ao nível de AD e AE (não promovendo uma dedução meramente parcial).

Estamos perante uma situação de dupla tributação económica, pois o rendimento é incluído (e tributado) nas jurisdições de AD e AE e também tributado no E3, onde C é residente.

Se C recusar a dedução deste imposto, por acreditar que a inclusão ao nível de AD e AE não acontece, estará a pagar um imposto superior ao devido, ao tributar o gasto correspondente ao pagamento que faz a B.

3.3.3. Dupla tributação em Portugal

Olhando para a redação da lei portuguesa⁵⁵, também é possível destringir casos em que a dupla tributação aconteça através de uma aplicação correta desta norma⁵⁶. Esta redação não contempla um limite claro para a dedução que é recusada ao sujeito passivo português. Quererá isto dizer que, nos casos em que o montante de pagamento híbrido importado seja superior ao montante da dedução híbrida, a recusa total da dedução quanto ao primeiro (resultado para que aparenta apontar a atual redação da norma) implicará uma dupla tributação, na medida em que será recusada a dedução a um montante maior do que aquele a respeito do qual existe um resultado de D/NI indireto.

Esquematizando a ideia acima, imaginemos que uma sociedade em Portugal efetua um pagamento de 150, que efetivamente financia uma despesa dedutível que origina uma assimetria híbrida, mas esta tem apenas o montante de 100.

A norma portuguesa limita-se a determinar, na sua estatuição, que “(...) não concorrem para a determinação do lucro tributável os gastos incorridos ou suportados, na medida em que⁵⁷” (sublinhado nosso). Ou seja, é concebível imaginar que, pegando no exemplo *supra*, o montante de dedução a recusar em Portugal corresponda a 150, ao invés dos 100 que efetivamente geram uma situação de D/NI. O resultado seria uma dupla tributação no montante de 50, que corresponde à diferença entre o pagamento híbrido importado e a efetiva dedução híbrida que o primeiro financia.

⁵⁵ Conforme referido, as assimetrias híbridas importadas estão previstas na alínea d), do n.º 1, do artigo 68.º-B do CIRC, na redação que lhe é dada pela Lei n.º 24/2020, de 6 de julho.

⁵⁶ Ou seja, desconsiderando os casos em que uma incorreta aplicação da norma (por, erradamente, se assumir a existência de um resultado de D/NI que efetivamente não se verifica) implica uma dupla tributação.

⁵⁷ Certo é que a utilização da expressão “na medida em que” na estatuição da norma em questão, poderá eventualmente fazer com que esta seja interpretada no sentido de a dedução a recusar ter como limite o financiamento pelo qual é responsável o pagamento híbrido importado português. No entanto, acreditamos que, no que toca à previsão normativa, deveria claramente haver uma limitação clara neste sentido, evitando assim a dupla tributação.

A DAE II contém uma norma idêntica àquela que consta agora do CIRC. No entanto, a referência às diretrizes da OCDE no âmbito do relatório da Ação 2 do BEPS⁵⁸ reduz a possibilidade de se interpretar que a recusa da dedução de um pagamento em montante superior ao da dedução híbrida que o primeiro financia. Com efeito, não faz sentido considerar que um pagamento de 150 financia nessa medida um pagamento de 100 – o pagamento híbrido importado – cuja dedução se recusa – tem, necessariamente, de ter o mesmo montante que a dedução híbrida que financia. No entanto, esta limitação não está clara na lei portuguesa, sendo possível que exista interpretação diversa, a qual seria contrária ao *rationale* destas normas.

3.4. Impacto económico dos ajustamentos

A recusa da dedução de um pagamento híbrido importado pode originar outros problemas em estruturas de investimento com uma panóplia de investidores de características variadas, derivada à sua inerente complexidade e dificuldade de aplicação prática. Com efeito, nos casos de determinados fundos com uma multiplicidade de investidores (p.e. 200), torna-se particularmente difícil determinar que qualificação deve ser dada, ao abrigo das leis das jurisdições nas quais aqueles são residentes para efeitos fiscais, a uma determinada realidade.

Seria necessário centralizar a informação ao nível da plataforma de investimento, através de uma base de dados desenhada para abarcar as várias qualificações relevantes para efeitos da aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas. Todavia, muitas vezes as *pools* de investidores são mutáveis, com constantes entradas e saídas, o que dificulta este exercício. É também certo, que, por vezes, questões de confidencialidade poderão impedir a divulgação de informação relativa aos investidores.

Para ilustrar estas dificuldades, regressemos à figura 5. Ao nível os investidores AD e AE, existiria inclusão do rendimento em causa, ao contrário dos demais. Suponhamos que, contrariamente ao previamente referido a propósito daquele exemplo, C aplicava de forma correta o seu ajustamento, reconhecendo a inclusão ao nível de alguns investidores.

Embora a recusa da dedução, ao nível de C diga respeito, apenas, a uma assimetria híbrida cujo resultado de D/NI ocorre ao nível de determinados investidores (AA, AB e

⁵⁸ Considerando 28 da DAE II.

AC), o impacto económico dessa recusa poderá manifestar-se ao nível de todos os investidores⁵⁹, que poderão ver a sua quantia de rendimento disponível inferior ao que seria expectável no caso de não ter sido promovido este ajustamento ao nível de C, apesar de, quanto a alguns, não existir qualquer assimetria híbrida que origine um resultado de D/NL.

Resta saber até que ponto é admissível a verificação destes resultados, sendo que essa admissibilidade deverá ser aferida através de um juízo de proporcionalidade (como perante todos os demais problemas levantados no âmbito da presente exposição). Parece claro, no entanto, que a natureza destas regras pode prejudicar investidores que não recorrem a (nem beneficiem de) qualquer assimetria híbrida para obterem uma vantagem fiscal.

3.5. Os desvios na transposição da DAE II

3.5.1. Introdução

A coerência internacional na aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas é extremamente relevante. Isto tanto no combate às assimetrias híbridas no geral, como no combate às assimetrias híbridas importadas em especial⁶⁰.

Portugal, como vimos, transpôs a DAE II através da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho, pouco divergindo da redação que a DAE II havia atribuído às suas normas.

Não há dúvida que o combate às assimetrias híbridas deve ser exercido, idealmente, através de uma perspetiva conjunta, assegurando que todos os Estados implementam normas de forma coerente e sistematizada⁶¹. No entanto é natural que vários Estados incluam desvios relevantes na sua interpretação ou redação das normas aqui em causa.

⁵⁹ Entre as muitas críticas feitas às regras de combate às assimetrias híbridas importadas, destaca-se a indicação dada pela British Private Equity and Venture Capital Association. Procura-se, aqui, evidenciar o efeito nefasto que a aplicação destas regras inevitavelmente cria quando o impacto económico da recusa da dedução se manifesta ao nível de todos os investidores, embora alguns destes possam não estar a contribuir para qualquer tipo de assimetria híbrida – vide OCDE (2014) “*Comments received on Public Discussion drafts*”..

⁶⁰ ALLEN, Christina, “*The Difficult Imported Mismatch Rules: BEPS Action 2 Recommendations*”, 19 Finance and Capital markets (formerly Derivatives & Financial Instruments), 2017, p. 9.

⁶¹ Mesmo na eventualidade de todos os Estados Membros procederem a uma transposição semelhante à que Portugal faz da DAE II, a harmonia seria difícil de alcançar em virtude dos conceitos indeterminados que constam quer da DAE II quer do CIRC após a entrada em vigor da Lei n.º 24/2020 de 6 de julho.

A DAE II esforça-se para inculcar aos Estados-Membros a necessidade de seguirem diretrizes interpretativas comuns, nomeadamente usando, para o efeito, as explicações e exemplos lançados pela OCDE⁶², na medida em que tais conteúdos sejam consistentes com as provisões da Diretiva e do DUE.

As normas jurídicas contêm, muitas vezes, os chamados “conceitos indeterminados”, cujo preenchimento e delimitação depende, em larga medida, da interpretação feita e da abordagem que se adota para o efeito. Nas secções seguintes vamos abordar alguns desses conceitos e expressões indeterminadas tais como as de “influência significativa”, “ajustamento equivalente”, “atuação em conjunto”, e ainda algumas omissões existentes na lei portuguesa.

3.5.2. Influência significativa

Olhando para a expressão “empresa associada”, e considerando que muitas vezes são empresas associadas as que constroem esquemas para beneficiar de vantagens fiscais através do recurso a assimetrias híbridas⁶³, a DAE II indica que estaremos perante uma empresa associada quando um o contribuinte tenha uma “influência significativa”⁶⁴ na gestão de uma empresa.

Os conceitos indeterminados têm a característica de serem interpretados, por vezes, de forma distinta de pessoa para pessoa⁶⁵ – naturalmente, essas diferenças de interpretação poderão também existir ao nível dos vários Estados Membros da União Europeia.

No fundo, com base no exemplo de “influência significativa”, corremos o risco de ver Estados Membros a não aplicar determinadas medidas de combate às assimetrias híbridas, por entender que determinada situação foge ao âmbito de aplicação das mesmas,

⁶² Diretiva (UE) 2017/952 de 29 de maio de 2017, doravante ATAD 2 – “(28) Ao aplicarem a presente diretiva, os Estados-Membros deverão utilizar como fonte de ilustração ou de interpretação as explicações e os exemplos aplicáveis no relatório sobre a Ação 2 do projeto BEPS da OCDE, na medida em que forem compatíveis com as disposições da presente diretiva e com o direito da União.”

⁶³ COOPER, Graeme S., “Some Thoughts on the OECD’s Recommendations on Hybrid Mismatches”, 69 Bulletin for International Taxation 6/7, 2015, p. 342.

⁶⁴ Art.º 1.º, n.º 2, alínea a) da DAE II. De notar que este artigo da DAE II pretende densificar o conceito de empresas associadas, o qual já existia na DAE I vide Art.º 2.º, § 4 da DAE I.

⁶⁵ SANCHES, Saldanha, “A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito: Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário”, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (140), Lisboa, 1985, p. 297-298.

na medida em que não estamos perante uma “empresa associada” dado que, em seu entender, o contribuinte a exercer “uma influência significativa” na gestão de outrem.

Embora compreendamos que a DAE II utiliza o conceito de “influência significativa”⁶⁶ com o propósito de ampliar o âmbito de aplicação destas normas e prevenir a manipulação de participações sociais, caso os critérios fossem mais objetivos (como o da percentagem) e mais difíceis de manipular⁶⁷, seria menos provável uma diferente interpretação deste conceito⁶⁸.

3.5.3. Ajustamento equivalente

O conceito de “ajustamento equivalente”, que surge tanto na redação prevista na DAE II e na lei portuguesa⁶⁹, suscita considerações semelhantes. A norma exige para que o país que implementou estas regras recuse a dedução de um pagamento híbrido importado quando não exista uma medida de combate às assimetrias híbridas praticada noutra jurisdição.

Por um lado, poder-se-á defender que o ajustamento equivalente se aplica na ausência de regras específicas de combate às assimetrias híbridas (tais como estas são apresentadas no âmbito do relatório final da Ação 2 do BEPS). No entanto, poder-se-á ainda entender que este “ajustamento equivalente” resulta da aplicação das regras de SEC que existam num outro Estado⁷⁰.

Outros mecanismos poderiam eventualmente ser relevantes para esta discussão, nomeadamente a RF ou a limitação à dedutibilidade de encargos financeiros. No entanto, e ainda que a RF tem vindo a ser vista enquanto irrelevante para efeitos do combate às

⁶⁶ Em Portugal, o conceito de influência significativa consta do § iv) da alínea g), n.º 1, do artigo 68.º-A do CIRC.

⁶⁷ SANTOS, Ramon Tomazela, “*The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*”, Vol. 72 Bulletin for International Taxation 8, 2018, p. 3.

⁶⁸ Originando, por exemplo, múltiplas correções através das regras de combate às assimetrias híbridas importadas em Portugal, devido à inexistência de correções ao nível de um outro Estado Membro (seja este aquele em que existe uma dedução híbrida ou não).

⁶⁹ Em Portugal, o conceito surge na redação da norma de combate às assimetrias híbridas importadas, na alínea d) do n.º 1 do artigo 68.º-B do CIRC.

⁷⁰ Por exemplo, o Estado de residência do acionista da entidade ao nível da qual se manifesta a dedução híbrida, financiada pelo pagamento híbrido importado, poderá, através da aplicação das suas regras SEC, aplicar uma correção, combatendo dessa forma a assimetria híbrida e o resultado de D/Ni.

assimetrias híbridas⁷¹, a limitação à dedutibilidade de encargos financeiros pode automaticamente impedir a existência de qualquer dedução híbrida.

3.5.4. Atuação em conjunto

Um dos conceitos que maiores dificuldades poderá suscitar, naquilo a que respeita a aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas importadas é o conceito de “atuação em conjunto”⁷². Neste contexto, as percentagens de detenção de pessoas que sejam vistas como estando a atuar em conjunto são consideradas no seu todo para efeitos deste requisito⁷³.

A lei portuguesa (na esteira da DAE II) não esclarece o que deve ser visto como “atuação em conjunto”⁷⁴. À semelhança da “influência significativa”, que há pouco discutimos, parece tratar-se de um critério anti-abuso que permite evitar que o conceito de empresas associadas seja manipulado⁷⁵.

Noutras jurisdições, como o Luxemburgo⁷⁶ e o RU, a aplicação deste conceito foi circunscrita.

No Luxemburgo, uma pessoa que detenha menos do que 10% num fundo de investimento⁷⁷ ou tenha direito a menos do que 10% dos lucros desse fundo de investimento, não estará a atuar em conjunto com qualquer outro participante no fundo, a não ser que exista prova em contrário (a demonstrar pelas autoridades fiscais luxemburguesas). Trata-se de uma presunção ilidível.

⁷¹ Na DAE II não existe qualquer referência à RF nem à capacidade deste mecanismo mitigar situações de D/NI. Já no relatório da Ação 2 do BEPS, o mecanismo é referido enquanto desenhado para outros propósitos que não o do combate às assimetrias híbridas, sugerindo-se que o mesmo continue a ser imposto mesmo por Estados que apliquem as recomendações da OCDE (i.e., RF aplicada pelo Estado que recusa a dedução de um pagamento híbrido) – vide OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, pg. 127.

⁷² Art.º 68.º-A, n.º 3, alínea c), do CIRC.

⁷³ No caso de 10 entidades que individualmente detiverem 10% no capital social de determinada sociedade, serem vistos como atuando em conjunto, cada um deles será considerado como detentor de 100% do capital social dessa sociedade, para efeitos das normas de combate às assimetrias híbridas.

⁷⁴ Previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 68.º-A do CIRC.

⁷⁵ CABOLLET, Tijmen C., “*The Impact of ATAD 2 on Real Estate and Private Equity Funds*”, 21 Finance and Capital Markets, no. 3, 2019– O autor sugere alguns métodos de interpretação do conceito de atuação em conjunto, ancorado na interpretação que é dada ao mesmo por parte da OCDE, por um lado, e pela jurisprudência do TJUE, por outro. Ambas as interpretações nos parecem válidas, e ambas, como bem salienta o autor, têm as suas virtudes e os seus inconvenientes.

⁷⁶ EY, “*Luxembourg implements EU ATAD 2 – A detailed review*”, Tax alert, January 2020.

⁷⁷ Fundo de investimento é definido, para efeitos da lei luxemburguesa, enquanto um organismo de investimento coletivo que reúne capital de múltiplos investidores, tendo em vista o seu potenciamento de acordo com determinada política de investimento, estabelecida em benefício desses investidores.

Já no RU, propõem-se alterações às regras de combate às assimetrias híbridas com intenções semelhantes. Aí, irá ser introduzida legislação que limitará a aplicação do conceito de atuação em conjunto perante investidores com uma participação não superior a 5%⁷⁸. Aparentemente, já não estaremos aqui perante uma presunção ilidível, mas efetivamente perante uma exclusão do âmbito de aplicação deste conceito.

Ao contrário de Portugal, o Luxemburgo pareceu ponderar a sua atratividade enquanto plataforma de investimento, ao permitir um regime mais permissivo no que toca às assimetrias híbridas. O RU optou por um caminho similar, o que tornará esta jurisdição mais atrativa de um ponto de vista de investimento estrangeiro – dada a conjuntura atual daquele país, este incentivo será certamente bem acolhido.

Os impactos decorrentes da interpretação deste conceito são fáceis de compreender. Países como o Luxemburgo ou o RU não aplicarão regras de combate às assimetrias híbridas nos casos em que não exista atuação em conjunto. Portugal, ao não contemplar qualquer definição ou limitação para este conceito, terá que proceder à aplicação das suas regras, perante a ausência de um ajustamento equivalente noutras jurisdições.

Neste sentido, a não densificação do conceito em Portugal poderá ter um impacto significativo ao nível da atratividade da nossa jurisdição enquanto local de investimento.

São inúmeras as estruturas de investimento (sejam grupos multinacionais ou simplesmente compras de ativos isoladas) que envolvem uma relação direta entre Luxemburgo e Portugal, ou entre Portugal e o RU. A fragilização da relação jurídico-tributária entre estas jurisdições, em particular no âmbito das assimetrias híbridas importadas, deveria ter sido acautelada⁷⁹.

⁷⁸ HM Revenue & Customs (2020) “*Hybrid and other mismatches – summary of responses*”, 12 November 2020.

⁷⁹ Nomeadamente, através de uma limitação da aplicação da norma de combate às assimetrias híbridas importadas em Portugal, que tivesse em consideração as normas de combate às assimetrias híbridas estrangeiras – embora seja, na prática, complicado de implementar, a simples aplicação da norma de combate às assimetrias híbridas importadas atual já é dotada dessa mesma dificuldade (ao ter que analisar o tratamento dado a determinada realidade à luz de duas jurisdições estrangeiras).

3.5.5. Omissões na lei portuguesa

As dificuldades podem ainda resultar de determinadas omissões.

Em Portugal, não existe qualquer referência a um eventual estatuto de isenção do qual possa beneficiar determinado investidor. Tanto a OCDE como a DAE II parecem prever especificamente esta realidade, recusando a aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas nestes casos⁸⁰.

Se uma sociedade de Portugal efetuar um pagamento híbrido importado a uma entidade residente noutro Estado ao nível da qual existe uma dedução híbrida, e esta, por sua vez, efetuar um pagamento, ao abrigo de um instrumento financeiro híbrido a uma terceira entidade residente num terceiro Estado, uma eventual não inclusão do rendimento a este nível pressupunha (no caso de a entidade beneficiária do pagamento português não recusar a dedução) a aplicação da norma que consta da alínea d), do n.º 1, do artigo 68.º-B do CIRC.

No entanto, esta não inclusão pode não resultar do instrumento híbrido. Pode dar-se o caso de a inclusão não acontecer mesmo que o instrumento financeiro utilizado não tivesse qualquer carácter híbrido⁸¹. A conjugação das definições da lei portuguesa aqui relevantes (a nosso ver, as de “assimetria híbrida”, “dedução sem inclusão” e “inclusão”), não parecem permitir a possibilidade de excluir a aplicação da regra de combate às assimetrias híbridas importadas nacional neste caso, recusando-se, conseqüentemente, a dedução⁸².

Cabe também fazer referência ao facto de, contrariamente ao que acontece na DAE II, a lei portuguesa não ter qualquer menção às diretrizes que constam do relatório da Ação 2 do BEPS. Acreditamos que esta referência poderia dirigir os intérpretes da lei nacional a uma interpretação conforme à que consta daquelas recomendações, sem prejuízo, tal como na DAE II, haver uma limitação dessa remissão à compatibilidade

⁸⁰ Na DAE II, o considerando (18) prevê justamente que a definição de assimetria híbrida “(...) só deverá ser aplicável se o resultado da assimetria decorrer de diferenças nas regras que regem a imputação dos pagamentos ao abrigo da legislação de ambas as jurisdições, não devendo um pagamento dar origem a uma assimetria híbrida que teria sobrevivido, de qualquer modo, devido ao estatuto de isenção fiscal do beneficiário ao abrigo da legislação de qualquer jurisdição do beneficiário”. Ao nível da OCDE, esta ressalva também surge ao longo do relatório da Ação 2 do BEPS, p.ex. vide OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, pg. 18.

⁸¹ Basta pensar numa entidade isenta quer de dividendos, quer de juros, à luz da lei doméstica da sua jurisdição.

⁸² E mesmo que se se entenda que é possível, com base naquelas definições, de adotar a posição contrária (i.e., a exclusão da aplicação da norma nestes casos), não seria possível evitar inúmeras discussões entre os sujeitos passivos e a Autoridade Tributária, centradas, justamente, à volta destas interpretações.

dessas diretrizes com o ordenamento jurídico nacional e, bem assim, com o DUE⁸³ - tanto assim o é que, em outras transposições da DAE II⁸⁴, esta referência marca presença.

⁸³ O uso generalizado das recomendações da OCDE por parte de todas as jurisdições envolvidas, poderiam permitir uma maior uniformização de todos os conceitos relevantes. Embora não esteja garantido que esta solução pudesse efetivamente terminar com todos os desvios (estes acontecerão sempre tendo em conta as circunstâncias concretas de cada jurisdição), seria uma aproximação desejável (e até pretendida pela própria OCDE).

⁸⁴ RADOCEA, Iulia “*The implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive regarding hybrid mismatches in Romania*”, Vol. 60, *European taxation*, 10, 2020, p. 2.

4. Propostas de solução

4.1. Considerações iniciais

Expostas as considerações relevantes quanto às dificuldades inerentes ao combate às assimetrias híbridas importadas e, bem assim, às regras que o materializam, cabe-nos, agora, procurar algumas soluções que sejam capazes de as mitigar.

Relativamente à complexidade das normas de combate às assimetrias híbridas importadas, pouco há a fazer. Com efeito, trata-se de uma temática complexa que requer uma regulação também ela complexa dado que se refere ao tratamento fiscal de determinadas realidades em jurisdições distintas⁸⁵.

A transposição da DAE II em Portugal⁸⁶ foi feita sem um qualquer esforço de adaptação à realidade portuguesa, sendo pouco mais do que uma tradução da norma da Diretiva, que acaba por ser incluída numa nova subsecção⁸⁷ do CIRC. Além disso, parece-nos tratar-se de uma transposição algo incompleta, dado que a Lei 24/2020 não considera nem o preâmbulo da Diretiva⁸⁸, nem as próprias recomendações da OCDE.

Tal situação não se afigura ideal, dado que pode afetar a competitividade fiscal portuguesa⁸⁹. Em nossa opinião, a transposição da DAE II deveria ter sido adaptada, de modo a ter-se em conta o perfil de investimento (direto) estrangeiro em Portugal e, no geral, a atratividade desta jurisdição. Embora se compreenda a necessidade de cumprir os prazos de transposição da Diretiva⁹⁰, na nossa perspetiva era necessária uma maior adaptação à realidade portuguesa.

⁸⁵ Com efeito, a complexidade das assimetrias híbridas está intimamente ligada à complexidade da evolução do *corporate financing*, sendo natural que a tributação internacional procure meios para acompanhar os mecanismos desenhados pelos sujeitos passivos no que respeita ao seu financiamento transfronteiriço, vide 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, p. 428.

⁸⁶ Através da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho.

⁸⁷ Subsecção I-A, da Secção VI do CIRC.

⁸⁸ O preâmbulo da DAE II possui duas referências importantes que o legislador português deveria ter equacionado, nomeadamente (i) a indicação que se consideram fora do âmbito das assimetrias híbridas os casos em que o resultado da assimetria se deva ao estatuto de isenção do qual beneficia determinada entidade e (ii) que a Ação 2 do BEPS deve ser tida em conta enquanto fonte interpretativa (ainda que apenas na medida em que não contrarie o DUE).

⁸⁹ PIANAVIGNA, Paolo, “*Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy*”, 9 World Tax Journal 4, 2017, p. 3.

⁹⁰ Nomeadamente, a necessidade de aplicar a generalidade das regras refletidas na DAE II a partir de janeiro de 2020.

Tendo em conta o exposto, apresentamos, de seguida, algumas sugestões de melhoria.

4.2. Propostas de alteração

4.2.1. Adaptação do conceito de empresas associadas para o combate às assimetrias híbridas importadas

O recurso a conceitos indeterminados prejudica a aplicação uniforme coerência das regras⁹¹.

Portugal não deveria aplicar as normas quando o combate às assimetrias híbridas deveria ter sido feito numa outra jurisdição, mas tal acaba por não acontecer devido à diferente transposição que esta outra jurisdição fez da DAE II (ou da implementação das recomendações da OCDE no âmbito da Ação 2 do BEPS).

Por vezes, considerando a atual redação da norma, Portugal é chamado a intervir, neutralizando uma determinada assimetria híbrida que não foi combatida numa outra jurisdição com maior proximidade com a mesma – bastando, para isso, imaginar o relacionamento de Portugal com o Luxemburgo ou o RU, já aqui referido no capítulo anterior. Colocam-se questões de legitimidade – porque deveria Portugal atacar determinada assimetria híbrida julgada admissível por jurisdições (adotantes de normas de combate às assimetrias híbridas) com uma relação mais estreita com esta assimetria?

Assim, sempre que em determinada jurisdição não existisse um “ajustamento equivalente”, mas em que a ausência desse ajustamento equivalente fosse determinada não pela inexistência de normas de combate às assimetrias híbridas, mas devido às escolhas tomadas por outras jurisdições quanto a esse combate (nomeadamente a respeito dos conceitos indeterminados que já aqui explorámos), Portugal não deveria intervir.

Acreditamos que o modo mais eficiente de implementar estas considerações seria através da clarificação da expressão “empresas associadas”. A regra não se aplicaria quando a entidade estrangeira ao nível da qual se manifesta a dedução híbrida⁹² (e, logo, financiada pelo pagamento híbrido importado português) não aplique um “ajustamento

⁹¹ CABOLLET, Tijmen C., “*The Impact of ATAD 2 on Real Estate and Private Equity Funds*”, 21 Finance and Capital Markets, no. 3, 2019, p. 17.

⁹² Ou uma outra entidade que se encontrasse, a respeito da cadeia de participações de determinado grupo multinacional, num *tier* superior ao de Portugal.

equivalente” por julgar não verificado, no caso concreto, o requisito de “empresas associadas”, na relação entre esta entidade e a beneficiária do pagamento que esta faz.

Deixamos abaixo uma sugestão de redação que poderia ser implementada para este efeito:

“Artigo 68.º-B

Assimetrias híbridas

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

[...]

d) Se destinem a financiar, direta ou indiretamente, despesas dedutíveis que deem origem a uma assimetria híbrida através de uma operação ou série de operações entre empresas associadas ou realizadas como parte de um acordo estruturado, exceto na parte em que outra jurisdição envolvida nas operações ou série de operações tenha efetuado um ajustamento equivalente relativo a essa assimetria híbrida.

[...]

7 – Sem prejuízo do disposto na alínea d) do n.º1, concorrem para o lucro tributável as despesas dedutíveis aí mencionadas, desde que, ao abrigo da legislação da jurisdição na qual é residente a entidade financiada pelo pagamento português, a ausência de um ajustamento equivalente se deva à não aplicação, por parte desta jurisdição, do conceito de empresas associadas aí previsto, relativamente à assimetria híbrida aí verificada.

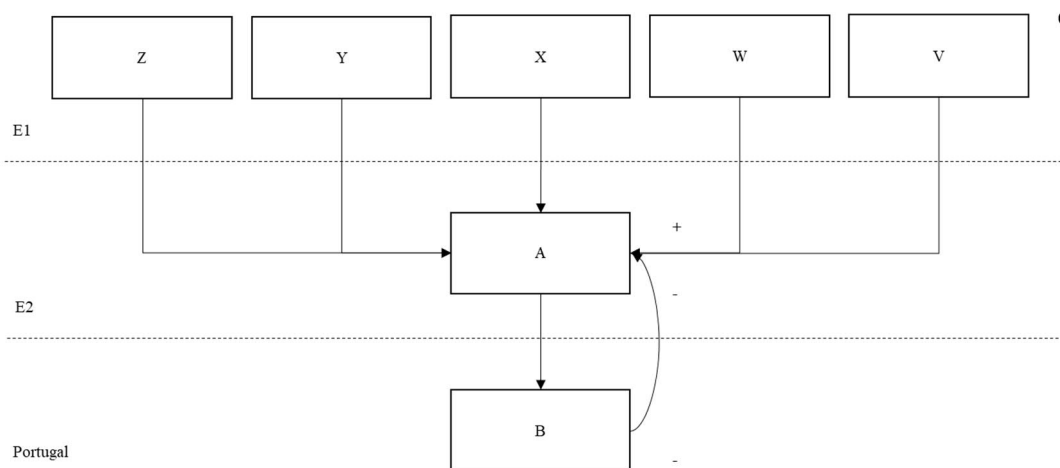
8 – O disposto no número anterior é também aplicável caso a ausência do ajustamento equivalente ocorra numa outra jurisdição também responsável pelo financiamento de uma despesa dedutível que origina a uma assimetria híbrida, desde que este financiamento tenha uma relação mais direta com a despesa dedutível do que o financiamento atribuído a esta por parte do pagamento de qualquer entidade residente em Portugal.”

O proposto n.º 7 do artigo 68.º-B enunciado acima permite que, em Portugal, não seja recusada a dedutibilidade do gasto quando, ao nível da entidade ao nível da qual se verifica a dedução híbrida, não exista um ajustamento equivalente, por aí não se entender como verificado requisito de “empresas associadas”. Este resultado implica que desvios resultantes da implementação de conceitos indeterminados como “influência significativa” e “atuação em conjunto”, no relacionamento de Portugal com esta outra jurisdição sejam neutralizadas.

Já o n.º 8 traduz-se numa extensão do n.º 7, postulando o mesmo resultado nos casos em que a entidade residente em Portugal esteja a financiar uma dedução híbrida, através de um pagamento híbrido importado, indiretamente, e exista uma jurisdição

interposta entre Portugal e a da entidade ao nível da qual se manifesta a dedução híbrida. Recorramos a um exemplo.

Figura 6 – Aplicação da nova redação do artigo 68.º-B



Os investidores Z, Y, X, W, V são residentes no E1. Todos detêm uma participação idêntica no capital de A, residente no E2. Existe uma assimetria híbrida nas relações entre o E1 e o E2, na medida em que o financiamento concedido por parte de todos os investidores A é feito através de um instrumento financeiro que origina um resultado de D/NI (dedução híbrida ao nível de B⁹³). A B é residente em Portugal, e financia tal assimetria híbrida de A através de um pagamento híbrido importado. Apenas Portugal e o E2 têm regras de combate às assimetrias híbridas. No entanto, não existe um “ajustamento equivalente”⁹⁴ feito no E2, por esse entender que os investidores (ou seja, as sociedades Z, Y, X, W e V) não são considerados “empresas associadas” de B.

Com a redação atual do CIRC, Portugal recusaria a dedução do pagamento feito por parte de B a A. Todavia, através da redação do n.º 7 do artigo 68.º-B proposta acima, neste caso concreto, esse ajustamento não aconteceria. Isto porque Portugal consideraria que, no E2, não existe combate à assimetria híbrida importada por não estarmos perante empresas associadas, importando a definição “estrangeira” deste conceito para Portugal. No fundo, a redação por nós proposta permite alinhar o *modus operandi* da norma ao seu

⁹³ A situação de D/NI ocorre em virtude de A deduzir o pagamento feito aos investidores, e estes não procederem a qualquer inclusão do respetivo rendimento na sua base tributável, por considerar o pagamento feito por A como reembolso de capital (ao invés da qualificação de dívida atribuída àquele instrumento no E2).

⁹⁴ Nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 68.º-B do CIRC.

rationale, evitando a criação de situações de dupla tributação fora das razões de política fiscal (“*tax policy*”) que justificam a norma.

Em nosso entender, a norma proposta não conduz a maior complexidade na sua aplicação. Isto porque, através da redação atual, o sujeito passivo teria que ter demonstrado que não existe qualquer ajustamento equivalente feito no E2. O único exercício adicional é o de determinar o motivo não realização desse ajustamento equivalente, o que, no caso de empresas associadas nos termos da legislação portuguesa, é relativamente simples de efetuar (p.e. neste caso, B detém a totalidade do capital social de C, o que implica uma proximidade total entre ambas).

Já a redação do n.º 8 que acima sugerimos pretende aplicar a mesma lógica quando, entre B e C, se situe uma outra entidade e o Estado em que esta se situe também não considera verificado o requisito da existência de “empresas associadas” no que toca ao relacionamento entre os Estados 1 e 2.

Caso não se introduzam as alterações que propomos, poderemos ter vários casos em que gastos de sociedades residentes em Portugal não irão concorrer para o seu lucro tributável, por estes estarem a financiar deduções híbridas ocorridas em Estados que, tendo transposto, por exemplo, a DAE II, limitaram o âmbito de aplicação do conceito de empresas associadas, não neutralizando as assimetrias híbridas que, por esta razão, se excluem do âmbito de aplicação das respetivas regras de combate.

Nesses termos, a alteração como a sugerida tornaria mais atrativa a jurisdição portuguesa para investidores estrangeiros que utilizam plataformas europeias (em Estados como o Luxemburgo e o RU, conforme explicado no capítulo anterior⁹⁵) para investir em território nacional. Tudo com integral respeito do *rationale* subjacente a estas regras.

4.2.2. Limitação quantitativa da recusa da dedução

Para evitar situações de dupla tributação (resultado manifestamente contrário ao desejado, no combate às assimetrias híbridas⁹⁶) é necessário ainda que a aplicação da norma de combate às assimetrias híbridas importadas se limite ao montante da dedução

⁹⁵ Conforme já referido, ambas as jurisdições limitaram o conceito de atuação em conjunto, ainda que modo diverso - no Luxemburgo, trata-se de uma presunção ilidível, pela qual investidores com percentagens de detenção inferiores a 10% não são considerados para efeitos da atuação em conjunto, já no RU há uma exclusão total dos investidores que detenham uma percentagem não superior a 5%.

⁹⁶OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, p. 84.

híbrida estrangeira financiada pelo pagamento híbrido importado português. Com efeito, quanto este último excede a primeira, o resultado da aplicação da norma não pode ser a recusa total da dedução do pagamento híbrido importado – o gasto deve ser recusado apenas na medida em que financia a dedução híbrida, sob pena de conduzir a dupla tributação (relativamente à diferença positiva entre o pagamento híbrido importado e a dedução híbrida).

A leitura da atual normal revela que esse pode ter sido o objetivo do legislador português⁹⁷. No entanto, a atual redação não é unívoca pelo que consideramos importante introduzir as seguintes alterações:

“Artigo 68.º-B

Assimetrias híbridas

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

[...]

d) **Apenas na exata medida em que** se destinem a financiar, direta ou indiretamente, despesas dedutíveis que deem origem a uma assimetria híbrida através de uma operação ou série de operações entre empresas associadas ou realizadas como parte de um acordo estruturado, exceto na parte em que outra jurisdição envolvida nas operações ou série de operações tenha efetuado um ajustamento equivalente relativo a essa assimetria híbrida.”

A alteração introduzida no início da previsão da alínea d) permitiria acautelar, sem margem para interpretações díspares, que o montante sobre o qual incide o ajustamento em Portugal, para efeitos do combate às assimetrias híbridas, tem sempre como limite o montante da despesa dedutível que financia.

4.2.3. Densificação do conceito de inclusão

A Ação 2 do BEPS e a DAE II pretendem evitar esquemas de D/NI com recurso a assimetrias híbridas. Com efeito, os conflitos de qualificação ocorridos entre determinados Estados, seja ao nível dos instrumentos financeiros ou ao nível das próprias

⁹⁷ A inclusão, no n.º 1 do artigo 68.º-B CIRC, de “(...) na medida em que” pode proteger contra casos em que a Autoridade Tributária venha a desenvolver uma interpretação particularmente restritiva, recusando a dedução total relativamente a um pagamento híbrido importado, inclusive na medida em que este exceda a dedução híbrida.

entidades (e, até, ao nível dos EE), originam entropias indesejadas que resultam, geralmente, em casos de dupla não tributação⁹⁸.

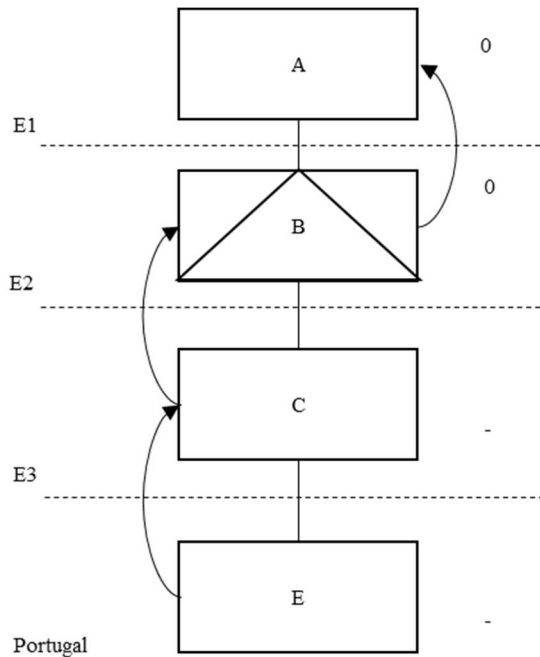
As regras não pretendem atacar os casos em que o hibridismo de determinadas realidades não resulta na atribuição de uma qualquer vantagem fiscal – e, com efeito, existe uma plenitude de razões que leva determinados sujeitos passivos a promover a utilização de, por exemplo, instrumentos financeiros híbridos⁹⁹.

Assim, e como já abordado no capítulo anterior, entendemos que o legislador nacional não acautelou devidamente os casos em que, embora exista uma assimetria híbrida (i.e., um conflito de qualificação), não é esta que provoca o resultado de D/NI. Este pode ser provocado, simplesmente, por um estatuto de isenção do qual beneficia determinado investidor. Vejamos através de um exemplo.

⁹⁸ MARCHGRABER, Christoph, “*Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission*”, 54 *European Taxation* 4, 2014, p.5-6.

⁹⁹ Os instrumentos financeiros híbridos podem ser usados com o propósito de satisfazer a necessidade do mercado, personalizando instrumentos financeiros que se encaixem nos desejos do investidor (ou do emitente), *vide* WIDERMANN-ONDREJ, Nadine, “*Hybrid instruments and the indirect credit method – does it work?*”, SFB International Tax Coordination Discussion Paper No. 19, 2007, p.4-5.

Figura 7 – Estatuto de isenção do investidor



A é residente no Estado 1, e detém a totalidade do capital social de B, residente no E2. B é uma entidade híbrida, na medida em que é considerada como transparente para efeitos da sua própria jurisdição, mas como opaca para efeitos do E1.

C, subsidiária de B, é residente no E3, Estado que não introduziu quaisquer normas de combate às assimetrias híbridas. E é residente em Portugal, e tem como acionista único C.

E, em Portugal, efetuou um pagamento ao abrigo de um instrumento financeiro normal (p.e. um suprimento), sem qualquer carácter híbrido. C, por seu turno, efetuou um pagamento (ao abrigo de um instrumento financeiro de iguais características) a B. B, considerada transparente para efeitos do E2, não é lá tributada por este rendimento. No entanto, uma vez que o E1 considera B como opaca, não tributa o rendimento respetivo ao nível de A¹⁰⁰.

No entanto, se o rendimento fosse efetivamente considerado enquanto recebido por parte de A, este não seria tributado, por no E1 se conceder uma isenção total a pagamentos oriundos do estrangeiro.

¹⁰⁰ A não tributação pode ser originada por uma isenção aplicável a rendimentos oriundos do estrangeiro, vigente em determinado Estado no seu todo com base na sua *tax policy*, ou até pela existência de determinado estatuto específico relativamente apenas a determinados sujeitos passivos.

Neste caso em particular, não é o carácter híbrido de B que implica o resultado de D/NI. Se B não existisse, e o pagamento a C tivesse como recipiente A, continuaria a existir uma situação de D/NI, na medida em que o rendimento continuaria isento ao nível de A (devido ao estatuto de isenção do qual beneficia). Ou seja, ainda que não existisse qualquer carácter híbrido da estrutura, quer a nível de entidades ou de instrumentos financeiros híbridos, o resultado de D/NI manter-se-ia.

Nestes casos, consideramos não ser conveniente a aplicação das regras das assimetrias híbrida, por o resultado da D/NI não se dever verdadeiramente a um conflito de qualificação entre dois Estados, mas dever-se ao estatuto de isenção do investidor¹⁰¹. De facto, estes casos estão fora do *rationale* das regras anti-híbridos.

O mesmo pode ser dito no que se refere ao recurso ao instrumento financeiro híbrido. Basta assumir que B não é uma entidade híbrida (i.e., é considerada enquanto opaca para efeitos do E1 e do E2), e que esta faz um pagamento ao abrigo de determinado instrumento financeiro híbrido a A, que não inclui o respetivo rendimento. No entanto, ainda que a qualificação dada pelo E1 àquele instrumento financeiro fosse a mesma do que a que é atribuída ao mesmo no E2, não existiria tributação devido ao estatuto de isenção de A¹⁰².

Assim, entendemos que o legislador deveria clarificar a exclusão das regras relativas às das assimetrias híbridas (em particular as importadas) quando o resultado de D/NI decorra do estatuto isento de determinada entidade.

Para este efeito, sugeríamos que a definição de “inclusão”, que consta atualmente do CIRC, fosse devidamente modificada de modo a evitar casos de aplicação excessiva das regras de combate às assimetrias híbridas em Portugal, nos seguintes termos:

«Artigo 68.º-A

Definições

1 - Para efeitos da presente subsecção, considera-se:

[...]

¹⁰¹ Ou, para usar termos familiares ao legislador português, a D/NI não resulta de “(...) diferenças na imputação de pagamentos efetuados à entidade híbrida ao abrigo da legislação da jurisdição na qual a mesma está estabelecida ou registada e da jurisdição de qualquer pessoa com participação nessa entidade híbrida”, *vide* art. 68.º-A, n.º 1, a), ii) do CIRC.

¹⁰² Neste caso, dir-se-ia que o resultado de D/NI não decorre de “(...) diferenças na qualificação do instrumento ou do pagamento efetuado ao abrigo do mesmo”, *vide* art. 68.º-A, n.º 1, a), i) do CIRC.

k) 'Inclusão' o montante que seja considerado como rendimento tributável, ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário, desde que não decorra de um pagamento efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro elegível para qualquer desagravamento fiscal ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário, devendo o termo 'incluído' ser interpretado em conformidade. **Considera-se, em todo o caso, existir inclusão quando, ao abrigo da legislação da jurisdição do beneficiário, o montante seja isento de tributação, desde que esse estatuto não advenha do recurso a uma entidade híbrida ou de instrumento financeiro híbrido.**”.

Tal modificação asseguraria que os casos em que o recurso a determinadas realidades híbridas não provoca, em qualquer caso, uma vantagem fiscal para os sujeitos passivos, continuam fora do âmbito da aplicação das normas nacionais anti-híbridos.

Ao nível das assimetrias híbridas importadas, esta modificação aproximaria as nossas regras às de outras jurisdições que já contemplam referências à exclusão da aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas importadas nos casos em que o investidor goze de um estatuto de isenção¹⁰³.

E, aproxima-se também a realidade portuguesa das pretensões quer da DAE II¹⁰⁴ quer da própria OCDE¹⁰⁵.

4.2.4. Emissão de *guidelines* por parte da AT

Já referimos que a transposição da DAE II em Portugal foi feita sem um qualquer critério de adaptação à realidade portuguesa. Por vezes, e face à complexidade de determinadas regras, justifica-se a emissão de orientações que possam facilitar a aplicação (especialmente nos casos em que a aplicação de regras jurídico-fiscais é suscetível de originar vários litígios entre a AT e os sujeitos passivos).

¹⁰³ No Luxemburgo, existe referência clara à não existência de uma assimetria híbrida quando o beneficiário seja isento de imposto de acordo com as leis da sua jurisdição. De igual modo, um pagamento feito a uma entidade híbrida não é suscetível de originar uma assimetria híbrida quando o resultado de D/NÍ, sem a existência de uma entidade híbrida, ainda se verificasse devido ao estatuto de isenção do beneficiário, na sua jurisdição.

¹⁰⁴ Nomeadamente tendo em conta o considerando 18 da DAE II.

¹⁰⁵ No âmbito da Ação 2 do BEPS, a OCDE refere-se à necessidade das recomendações a adotar pelos Estados visarem, única e exclusivamente, os tipos de assimetrias que efetivamente beneficiem, para efeitos fiscais, do recurso a determinado elemento híbrido para obter um resultado de D/NÍ ou DD, *vide* OCDE (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*”, p. 18.

A AT não é alheia à publicação de orientações gerais, emitidas face à novidade de determinado tema. Por exemplo, em janeiro de 2021, a AT emitiu orientações gerais relativas à transposição Portuguesa da DAC6¹⁰⁶. No caso das assimetrias híbridas, a emissão de semelhantes orientações poderia facilitar a aplicação prática das regras, contribuindo para uma interpretação uniforme da mesma, e circunscrevendo mais claramente o seu âmbito de aplicação¹⁰⁷.

Da nossa parte, recomendaríamos que estas orientações indicassem claramente a possibilidade dos sujeitos passivos consultarem a Ação 2 do BEPS e a própria DAE II como fontes das normas nacionais – permitindo, evitar a aplicação das regras a alguns casos que cabendo na letra da Lei n.º 24/2020, de 6 julho, não cabem claramente no espírito da reforma, a qual é inspirada naqueles dois documentos. Veja-se, meramente a título de exemplo, os casos em que a não-inclusão de determinado rendimento se deve a um estatuto de isenção do beneficiário, situação aqui já descrita¹⁰⁸.

Embora seja certo que estas orientações não teriam força de lei, vinculariam a AT, o que permitiria que os sujeitos passivos conhecessem a sua posição colmatando o clima de incerteza atualmente existente, que só será mitigado quando existirem decisões judiciais (ou arbitrais) relativamente a litígios que certamente irão opor os sujeitos passivos à AT.

¹⁰⁶ Vide, “*Orientações gerais (Guidelines) relativas à obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal*” – AT, janeiro de 2021.

¹⁰⁷ A emissão de *guidelines* relativas às assimetrias híbridas foi feita por outros Estados, por exemplo, por parte da Irlanda e do RU, e atacam as dificuldades interpretativas inerentes às regras anti-híbridos através de vários exemplos. Em Portugal, acreditamos que a AT se poderia socorrer deste tipo de orientações, emitidas por autoridades estrangeiras, para clarificar alguns pontos relevantes deixados por esclarecer na redação da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho.

¹⁰⁸ Nomeadamente, na secção 3.5.5. desta exposição.

5. Conclusões

- I. As regras de combate às assimetrias híbridas importadas foram originalmente concebidas como um último recurso no combate às assimetrias híbridas, acautelando casos de falta de implementação generalizada de métodos de combate a assimetrias híbridas.
- II. Uma assimetria híbrida importada verifica-se quando uma entidade, residente, para efeitos fiscais, num Estado que adotou regras de combate às assimetrias híbridas, faz um pagamento dedutível a uma entidade estrangeira, que compensa a tributação do rendimento correspondente através de uma dedução híbrida, existente em virtude de uma assimetria híbrida que surge na relação entre esta entidade e uma outra, residente num terceiro Estado.
- III. As assimetrias híbridas importadas são compostas por três elementos essenciais: o pagamento híbrido importado, a dedução híbrida, e um nexos entre ambos, demonstrativo do modo como estes se compensam mutuamente ou como o primeiro financia a segunda.
- IV. Este tipo de assimetrias podem ocorrer não só entre empresas associadas mas ainda entre partes independentes, no âmbito dos chamados acordos estruturados.
- V. A OCDE sugeriu a implementação de três regras, devidamente hierarquizadas por prioridade na sua aplicação, cuja articulação permitiria, pelo menos em teoria, a neutralização deste tipo de assimetrias: a regra das assimetrias importadas estruturadas; a regra das assimetrias importadas diretas e a regra das assimetrias importadas indiretas.
- VI. A DAE II regulamenta o combate às assimetrias híbridas importadas através de uma única norma, a qual prevê a recusa da dedução de determinado pagamento sempre que a tributação deste seja compensada, direta ou indiretamente, por despesas dedutíveis que originem uma assimetria híbrida, exceto na medida em que uma outra jurisdição promova um ajustamento equivalente, ou seja, proceda

ela própria à aplicação de uma regra que neutraliza esta assimetria híbrida (recusando uma dedução ou promovendo uma inclusão).

- VII.** A transposição de Portugal da DAE II, através da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho, é uma cópia das regras que constam da Diretiva, não apenas relativamente às assimetrias híbridas importadas, mas relativamente a todo o combate às assimetrias híbridas, prescindindo de uma qualquer adaptação das regras à realidade portuguesa.
- VIII.** No âmbito da elaboração da Ação 2 do BEPS, a generalidade das entidades que participaram na consulta pública reagiram negativamente à introdução de regras de combate às assimetrias híbridas importadas, tendo em consideração o âmbito de aplicação alargado e a complexidade deste tipo das mesmas.
- IX.** Ao nível do sujeito passivo, as regras *sub judice* exigem, à entidade que as aplica, um conhecimento pormenorizado do tratamento fiscal de determinada realidade à luz não só do seu próprio Estado como, também, ao abrigo das leis de duas jurisdições estrangeiras. A recolha de informação, sobretudo quando a potencial assimetria envolve uma parte não relacionada ou independente (casos de acordo estruturado) mostra-se como particularmente difícil. Contudo, nem a OCDE, nem a DAE II, nem a legislação portuguesa acautelaram devidamente estes entraves, sendo que apenas a OCDE os menciona no âmbito do relatório final da Ação 2 do BEPS, ainda que sem indicar quaisquer soluções.
- X.** Ao nível das autoridades tributárias, o controlo ou fiscalização da aplicação das regras será bastante difícil de efetuar. Isto, nomeadamente, dada a complexidade das normas e dadas as dificuldades de recolha de informação. No entanto, as autoridades tributárias poderão tentar utilizar alguns meios de controlo para facilitar esta tarefa, seja através das informações obtidas no âmbito da DAC6 ou no âmbito das CDTs e de outros acordos que permitem a troca de informação em matéria fiscal.
- XI.** As regras poderão ainda conduzir a uma proliferação de casos de dupla tributação não intencional, quer através de uma incorreta aplicação das normas de combate

às assimetrias híbridas importadas motivada pela sua complexidade, quer, até, por uma correta aplicação das mesmas. No caso português, esta última situação pode suceder devido à falta de fixação de um limite (quantitativo) da recusa da dedução (nomeadamente nos casos em que o montante do pagamento híbrido importado excede o montante de dedução híbrida).

- XII.** Além disso, são vários os casos de veículos de investimento que são participados por um número considerável de investidores. Qualquer recusa da dedução de um pagamento híbrido importado, motivado por uma assimetria híbrida que se verifica apenas ao nível de algum(ns), terá um impacto económico em toda a estrutura, afetando também aqueles que não beneficiaram da assimetria híbrida.
- XIII.** No âmbito da União Europeia, os vários desvios que os Estados Membros introduziram nas suas leis internas, aquando da implementação, em relação ao modelo proposto pela DAE II poderão também minar os objetivos prosseguidos por aquela diretiva. Tais desvios registam--se, principalmente, nos inúmeros conceitos indeterminados consagrados na DAE II.
- XIV.** Expressões como as de “empresa associada” ou conceitos que não se balizam através de limites quantitativos fixos ou objetivos (como um limiar de participação ou direitos de voto) são suscetíveis de criar entropias significativas ao nível dos vários Estados Membros, implicando, conseqüentemente, uma proliferação de casos de aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas importadas em estruturas de investimento / financiamento com presença europeia maioritária.
- XV.** A lei portuguesa não prevê qualquer adequação dos seus normativos à interação de Portugal com jurisdições que tipicamente são utilizadas por grupos multinacionais para o investimento em território nacional, nomeadamente o Luxemburgo e o RU. Assim, existirão múltiplos casos de recusa de dedução de pagamentos (híbridos importados) de fonte portuguesa na relação de Portugal com as que adotam uma postura mais customizada no combate às assimetrias híbridas importadas, designadamente através do conceito de atuação em conjunto.

- XVI.** Ademais, a existência de omissões na lei portuguesa, difíceis de compreender, prejudicam a aplicação das regras. Tal é o caso da não exclusão da sua aplicação a casos em que a não inclusão se dá pelo estatuto isento de determinada entidade e, bem assim, quando a utilização de determinada assimetria híbrida não resulta numa qualquer vantagem fiscal (por o resultado ser igual mesmo com ou sem o recurso à mesma).
- XVII.** A maior parte destas omissões poderiam ter sido mitigadas através de uma referência, ainda que preambular, aos exemplos e recomendações da OCDE no relatório final da Ação 2 do BEPS a este respeito ou, eventualmente, através de uma referência aos considerandos do preâmbulo a DAE II.
- XVIII.** Tendo em conta as particularidades do nosso país, sugerimos algumas alterações à redação dos artigos 68.º-A e seguintes do IRC, com o objetivo de suavizar o relacionamento de Portugal com jurisdições que promoveram uma densificação dos conceitos ligados à expressão “empresa associada”, evitando uma proliferação da aplicação das normas de combate às assimetrias híbridas importadas em casos para lá do seu *rationale*.
- XIX.** Adicionalmente, procurámos clarificar, no âmbito da lei portuguesa, a necessidade da existência de um limite quantitativo claro à recusa da dedução de um pagamento híbrido importado, embora acreditemos que esta já tenha sido intenção do legislador.
- XX.** A AT deveria procurar uma emissão de orientações gerais que servissem de base interpretativa, procurando mitigar algumas imprecisões da atual redação da Lei n.º 24/2020, de 6 de julho. Embora não tenham força de lei, tais orientações poderiam clarificar alguns aspetos relevantes relativos ao âmbito de aplicação das regras de combate às assimetrias híbridas e certamente mitigariam o clima de incerteza atualmente instaurado devido à transposição da DAE II em Portugal ter sido feita sem uma qualquer adaptação das regras à realidade nacional.
- XXI.** No entanto, resulta claro que a complexidade das normas é um problema intrínseco ao próprio conceito de assimetrias híbridas importadas, não sendo possível ainda aferir, nesta fase, se o combate a este tipo de assimetrias será uma

verdadeira solução, ou, ao invés, criará ainda maiores problemas do que os que pretende evitar. Esperemos que a nossa dissertação se mostre como um passo no sentido da melhoria do regime, e da aproximação do mesmo ao *rationale* que lhe subjaz.

Bibliografia

I – Livros e artigos

A

ALLEN, Christina, “*The Difficult Imported Mismatch Rules: BEPS Action 2 Recommendations*”, 19 Finance and Capital markets (formerly Derivatives & Financial Instruments), 2017

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

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

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

ARNOLD, Brian J.; Michael J., MCINTYRE, “*International Tax Primer*”, 3ª ed., Kluwer Law International, 2002. –

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

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

B

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

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

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

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

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

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

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

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

C

CABOLLET, Tijmen C., “*The Impact of ATAD 2 on Real Estate and Private Equity Funds*”, 21 Finance and Capital Markets (formerly Derivatives & Financial Instruments), no. 3, 2019.

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

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

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

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

D

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

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

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

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

E

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

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

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

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

EY, “*Luxembourg implements EU ATAD 2 – A detailed review*”, Tax alert, January 2020.

F

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

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

G

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

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

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

H

HARRIS, Peter, “*Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, UN: Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base, September, 2014.

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

HUERGA, Angel; RODRIGUEZ-MONROY, Carlos, “*Mandatory Convertible Notes as Sustainable Corporate Finance Instrument*”, Department of Organization Engineering, Business Administration and Statistics, Industrial Engineering School, Universidad Politécnica de Madrid, 2019.

J

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

JANSSENS, Pascal, *et al* – “*The end of intra-group financing... or not just yet*” – Part 1, Vol. 55, European Taxation, 2015, No. 7.

K

KANAGARATNAM, Muhunthan, “*Hybrid mismatch rules – I pay tax because someone else doesn’t pay tax?*” consultado a <https://www.gtlaw.com.au/insights/hybrid-mismatch-rules-i-pay-tax-because-someone-else-doesnt-pay-tax> a 26/11/2020.

KARAIANOV, Konstantin, “*Notional Interest Deduction Regimes in Europe: Through the Prism of ATAD 2 and Domestic Anti-Hybrid Mismatch Rules*”, 59, European Taxation, 2019.

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

KU, Jian-Cheng; BANE, Rhys, “*Netherlands: The documentation requirements of ATAD II in the Netherlands explained*” consultado a: <https://www.internationaltaxreview.com/article/b116zctqrhdy0s/netherlands-the-documentation-requirements-of-atad-ii-in-the-netherlands-explained> a 26/11/2020.

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

L

LAGUNA, Félix Daniel Martínez, “*Abuse and Aggressive Tax Planning: Between OECD and EU Initiatives – The Dividing Line between Intended and Unintended Double Non-Taxation*”, 9 World Tax Journal 2, 2017.

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

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

M

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

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

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

N

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

P

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

PIANTAVIGNA, Paolo, “*Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy*”, 9 World Tax Journal 4, 2017.

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

PLEIL, Christoph; SCHWIBINGER, Stefan, “*Confronting conflicts of qualification in tax treaty law: The principle of common interpretation and the new approach revisited*” Vol. 10, World Tax Journal, 2018, No. 3.

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

POPE, Jeff, “*Administrative and compliance costs of International Taxation*”, The International Taxation System, Chapter 14, 2002.

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

R

RADOCEA, Iulia, “*Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive Regarding Hybrid Mismatches in Romania*”, Vol. 60, *European Taxation*, 10, 2020.

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

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

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

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

S

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

-----, “*A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito: Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário*”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* (140), Lisboa, 1985.

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

-----, “*The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*”, 72 *Bulletin for International Taxation*, 8, 2018.

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

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

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

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

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

T

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

V

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

W

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

X

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

II – Documentos de organizações internacionais e autoridades tributárias

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

-----, “*Commission Staff Working paper document, impact assessment accompanying the communication from the commission to the European Parliament and the Council – an action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*”, 06/12/2012.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52012SC0403>.

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

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

-----, “*Summary report of the responses received on the public consultation on factual exemples and possible ways to tackle double non-taxation cases*”, de 05/07/2012.
http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/summary_report.pdf.

-----, “*The internal market: factual examples of double non-taxation cases - Staff working paper*”, de 29/02/2012.
http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/double_non_tax/consultation_paper_en.pdf.

-----, “*Press Release: State aid: Commission opens formal investigation into Luxembourg’s tax treatment of McDonald’s*”, de 03/12/2015.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6221_en.htm

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

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

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

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

http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf.

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

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

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

https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/Tax/Addressing_Base_Erosion_and_Profit_Shifting_BEPS.pdf.

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

https://www.oecd.org/tax/aggressive/after_tax_hedging_report.pdf.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HM Revenue & Customs (2020) “*Hybrid and other mismatches – summary of responses*”, de 12/11/2020.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/934574/Hybrid_and_other_mismatches_-_summary_of_responses.pdf